Laborem

N° 16 / 2015

Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

ARTÍCULOS DE
LOS NUEVOS INGRESANTES

ARTÍCULOS DEL
PENÚLTIMO CONCURSO
LABORAL UNIVERSITARIO

CARTAS
A LOS ASOCIADOS

SPDTSS
SOCIEDAD PERUANA
DE DERECHO DEL
TRABAJO Y DE LA
SEGURIDAD SOCIAL

Laborem 16

PRIMERA EDICIÓN
ABRIL 2015

500 ejemplares

Prohibida su reproducción
total o parcial
DERECHOS RESERVADOS
D. Leg. Nº 822

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL
EN LA BIBLIOTECA NACIONAL
DEL PERÚ
2015-05203

LEY Nº 26905 / D.S. Nº 017-98-ED

DISEÑO DE CARÁTULA
Martha Hidalgo Rivero
DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES
Miguel Ángel Salinas Arica

SOCIEDAD PERUANA
DE DERECHO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
RUC Nº 20108098512
Av. Víctor Andrés Belaunde Nº 395
San Isidro, Lima

Impreso en:
Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto 201 - Surquillo
Lima 34 - Perú

ÍNDICE

PRESENTACIÓN
Jaime Zavala Costa - Presidente de la SPDTSS
Raúl G. Saco Barrios - Secretario de Publicaciones de la SPDTSS 11

ARTÍCULOS DE LOS NUEVOS INGRESANTES

Ana Cecilia Crisanto Castañeda

Comentarios sobre el derecho de huelga en la Ley del Servicio Civil 15

Jaime Cuzquén Carnero

Redes sociales, libertad de expresión y facultad disciplinaria del empleador 41

Javier H. Espinoza Escobar

La flexibilidad del tiempo de trabajo como instrumento de conciliación de la vida familiar y laboral: la reducción de jornada por cuidado de familiares 59

Julio César Franco Pérez

Control difuso, impugnación de laudos y aplicación de normas del Régimen General de Arbitraje. Notas sobre la naturaleza del arbitraje en la negociacion colectiva 83

María Katia García Landaburu

Instrumentos con estándares laborales establecidos por organizaciones internacionales para las empresas multinacionales: análisis de su efectividad 121

César Lengua Apolaya

El derecho de participación de los trabajadores en la seguridad y salud en el trabajo 145

Roberto Matallana Ruiz

Rebaja de remuneraciones: regulación y jurisprudencia comparada 169

Mauricio Matos Zegarra

El control constitucional de los convenios colectivos de trabajo en el Perú..... 193

Luis Mendoza Legoas

Crítica de la función supletoria de la Autoridad Administrativa en la designación de árbitros en el marco de arbitrajes colectivos laborales..... 213

Sandro Alberto Núñez Paz

Los principios de suplencia de queja y *pro actione* y sus alcances en la Nueva Ley Procesal del Trabajo 229

Mónica Pizarro Díaz

La reducción de la remuneración del trabajador en la ley y la jurisprudencia..... 249

Omar Toledo Toribio

Tratamiento judicial del despido incausado y despido fraudulento, y la problemática de la competencia del juzgado de paz letrado, al influjo del II Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral 2014 265

Lidia Vílchez Garcés

Libertad sindical y prácticas antisindicales: nociones esenciales de un derecho complejo y la pluriofensividad de su afectación..... 297

Anna Vilela Espinosa

Inaplicabilidad de la invalidez absoluta permanente como causal de extinción del contrato de trabajo..... 323

ARTÍCULOS DEL PENÚLTIMO CONCURSO LABORAL UNIVERSITARIO

Alfonso Yasuyoshi Higa García

El principio de irrenunciabilidad de derechos y las formas especiales de conclusión del proceso reguladas en la Nueva Ley Procesal del Trabajo 349

Marilú del Pilar Mertzhal Shigyo

De la negación a la negociación: definiendo la mala fe 373

Óscar Raúl Chuquillanqui Aragón

Autotutela como solución a los litigios laborales sobre afectación a la intimidad y discriminación en la etapa precontractual de la relación de trabajo: ¿derecho a mentir?..... 397

Carlos Alfredo Martínez Álvarez

La responsabilidad del grupo empresarial frente a las deudas laborales de una empresa que lo integra 423

Luciana Álvarez Calderón

Análisis del contrato de trabajo de obra determinada o de servicio específico a la luz de la jurisprudencia del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional 441

CARTAS A LOS ASOCIADOS

Jaime Zavala Costa

Carta del presidente de la SPDTSS a los asociados - abril 2013..... 471

Segunda carta del presidente de la SPDTSS a los asociados - enero 2014 ... 475

Tercera carta del presidente de la SPDTSS a los asociados - abril 2015 ... 477

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Consejo Directivo 2013-2015

Presidente	:	Jaime Zavala Costa
Vice-Presidente	:	Alfonso de los Heros Pérez Albela
Secretario	:	José Luis Germán Ramírez-Gastón Ballón
Pro-Secretario	:	Carlos Alberto Quispe Montesinos
Tesorero	:	Carlos Guillermo Morales Morante
Pro-Tesorero	:	Roberto Juan Servat Pereira de Sousa
Secretario de Biblioteca y Publicaciones	:	Raúl Guillermo Saco Barrios
Secretario de Eventos y Reuniones Científicas	:	Martín Alberto Carrillo Calle
Secretario de Relaciones Internacionales	:	César José Gonzáles Hunt

Relación de Miembros de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Abanto Revilla, César
Alva Hart, Beatriz Regina
Aparicio Valdez, Luis (†)
Arce Ortiz, Elmer
Balbín Torres, Edgardo Sergio
Barrenechea Calderón, Julio César
Boza Pró, Guillermo
Canessa Montejo, Miguel Francisco
Castillo Montoya, Nixon Javier
Cavalié Cabrera, Paúl
Cornejo Vargas, Carlos
Crisanto Castañeda, Ana Cecilia
De las Casas de la Torre Ugarte, Orlando
Espinoza Escobar, Javier
Franco Pérez, Julio
García Granara, Fernando
Gonzáles Hunt, César José
Guzmán Barrón Leidinger, Cecilia
Herrera Vásquez, Ricardo
Acevedo Mercado, Jorge Luis
Ampuero de Fuertes, Victoria
Arbulú Alva, Luis (†)
Arévalo Vela, Javier
Balta Varillas, José
Beltrán Quiroga, Jaime Eduardo
Butrón Fuentes, José Andrés (†)
Carrillo Calle, Martín Alberto
Castro Otero, José Ignacio
Ciudad Reynaud, Adolfo
Cortés Carcelén, Juan Carlos
Cuzquén Carnero, Jaime
De los Heros Pérez Albela, Alfonso
Ferro Delgado, Víctor
Gamarra Vílchez, Leopoldo
García Landaburu, María Katia
González Nieves, Orlando
Herrera Gonzales-Pratto, Isabel
Lengua Apolaya, César

Marcenaro Freís, Ricardo Arturo
Matos Zegarra, Mauricio
Mejía Madrid, Renato
Morales Corrales, Pedro Gonzalo
Morales Morante, Carlos Guillermo
Neves Mujica, Javier
Ospina Salas, Estela
Paredes Palacios, Paúl
Pasco Lizárraga, Mario
Pizarro Díaz, Mónica
Puntriano Rosas, César Alfredo
Quispe Montesinos, Carlos Alberto
Saco Barrios, Raúl Guillermo
Servat Pereira de Sousa, Roberto Juan
Tsuboyama Shiohama, Liliana Pilar
Ugaz Olivares, Mauro
Vidal Bermudez, Álvaro
Vilchez Garcés, Lidia
Villacorta Ramírez, Edmundo
Vinatea Recoba, Luis
Zavaleta Cruzado, Róger Enrique
Matallana Ruiz, Roberto
Mayorga Miranda, Víctor
Mendoza Legoas, Luis
Morales González, Néstor
Mortola Flores, Italo Román
Núñez Paz, Sandro
Pacheco Zerga, Luz
Pasco Cosmópolis, Mario Martín (†)
Pilotto Carreño, Luigino
Prelle Mayuri, Herbert
Quiñones Infante, Sergio Arturo
Ramírez-Gastón Ballón, José Luis Germán
Sanguineti Raymond, Wilfredo
Toyama Miyagusuku, Jorge Luis
Toledo Toribio, Omar
Ulloa Millares, Daniel Augusto
Vidal Salazar, Michael
Vilela Espinosa, Anna
Villavicencio Ríos, Carlos Alfredo
Zavala Costa, Jaime

Relación de Miembros Honorarios de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Carlos Blancas Bustamante
Ricardo Nugent López
Néstor de Buen Lozano
Jean Claude Javillier
Alfredo Montoya Melgar
Américo Plá Rodríguez (†)
Héctor Hugo Barbagelata (†)
Guillermo Gonzales Rosales (†)
Javier Vargas Vargas (†)
Antonio Ojeda Avilés
Fernando Elías Mantero
Jorge Capriata D'auro
Oscar Ermida Uriarte (†)
Emilio Morgado Valenzuela
Fernando Suárez González
Mozart Víctor Russomano (†)
Manuel Alonso Olea (†)
Ricardo La Hoz Tirado (†)
Joaquín Leguía Gálvez (†)
Manuel Carlos Palomeque López

PRESENTACIÓN

Entregamos ahora el número 16 de nuestra revista *Laborem*, última publicación de nuestra gestión al frente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Este número incluye los artículos o estudios presentados por los nuevos asociados durante el proceso de incorporaciones realizado el año anterior. A los efectos de su publicación, hemos requerido la autorización pertinente de cada autor.

También incluimos los artículos presentados por los jóvenes universitarios participantes en el Concurso Laboral Universitario realizado en el marco del V Congreso Nacional realizado en Lima el año 2012, que fueron premiados u obtuvieron una mención honrosa. La Sociedad los tenía pendientes de publicación.

Por último, y a manera de síntesis de nuestra agenda de trabajo y logros obtenidos, presentamos tres cartas cursadas electrónicamente por el Presidente a los asociados.

JAIME ZAVALA COSTA
Presidente de la SPDTSS

RAÚL G. SACO BARRIOS
Secretario de Publicaciones de la SPDTSS

ARTÍCULOS DE LOS NUEVOS INGRESANTES

COMENTARIOS SOBRE EL DERECHO DE HUELGA EN LA LEY DEL SERVICIO CIVIL[1]

Ana Cecilia Crisanto Castañeda[2]

I. INTRODUCCIÓN

El 4 de julio de 2013 se publicó la Ley Nº 30057, Ley del Servicio Civil (en adelante, LSC). En ella se recogen las disposiciones sobre derechos colectivos de los servidores públicos, vigentes desde el día siguiente de su publicación, es decir, desde el 5 de julio del año 2013.

La huelga como fenómeno y como derecho, siempre ha provocado el interés de la doctrina científica, tribunales, poder político y sociedad en su conjunto, debido a que su ejercicio necesariamente involucra un daño, no solo a los empleadores (destinatarios directos de la medida de fuerza), sino también a los huelguistas (a quienes se suspende el salario), y a los usuarios y sociedad (que deben soportar las consecuencias de un desacuerdo en el que no son parte). Es necesario, por lo tanto, conciliar este derecho con el interés público, como manda la Constitución (en adelante, CP), y uno de los encargados de hacerlo es el legislador. Este debe regular, "no impedir ni restringir, sino encauzar, dar un marco adecuado para que la huelga (como derecho), pueda cumplir sus fines"[3] considerando a todos los actores implicados.

---

(1) El presente estudio fue publicado en: BACA MERINO, R.; CRISANTO CASTAÑEDA, A.C.; RECIO SÁEZ DE GUINOA, J. Mª; VIGNOLO CUEVA, O. *Comentarios y críticas a la Ley del Servicio Civil. La inevitable reforma del empleo público peruano*. Caballero Bustamante-Thomson Reuters, Lima, 2014.

(2) Doctora en Derecho del Trabajo por la Universidad Rey Juan Carlos (España). Profesora ordinaria de Derecho del Trabajo de la Universidad de Piura.

(3) PASCO COSMÓPOLIS, M. (coord.). "La huelga en el Perú". En: *La huelga en Iberoamérica*. AELE, Lima, 1996, p. 202.

Asimismo, es importante tener en cuenta que el empleador en este caso es la Administración Pública, lo que aporta una peculiaridad al ejercicio de este derecho, con independencia del régimen laboral que se aplique a los servidores. Por otro lado, comprobar que la LSC solo cuenta con un artículo sobre este derecho, exige acudir a otras normas que la complementen, de las que se pueda extraer una regulación completa y coherente. Así, la delimitación del derecho de huelga en el Sector Público demanda acudir a distintas áreas del Derecho: Internacional Público, Constitucional, Laboral y Administrativo.

Todos los aspectos mencionados se han considerado para elegir el tema de estudio. En este se hace un análisis de cuál es la regulación actual de la huelga en el Sector Público tras la LSC, qué tanto se ha modificado respecto a la regulación anterior, cuáles son los vínculos y el orden de aplicación de las distintas normas en juego, cómo afecta el carácter peculiar del empleador (Administración Pública) en el cumplimiento de determinados requisitos para el acceso a este derecho, qué alcance tiene la facultad de la entidad de contratar personal durante la huelga.

Finalmente, como se podrá comprobar, parte de los comentarios de este ensayo pueden aplicarse tanto al Sector Público como al Privado.

II. APLICACIÓN INMEDIATA DE LA REGULACIÓN SOBRE DERECHOS COLECTIVOS EN LA LEY DEL SERVICIO CIVIL

La Novena Disposición Complementaria Final[4] de la LSC señala que sus disposiciones sobre derechos colectivos estarán vigentes desde el día siguiente de su publicación para los servidores que se rigen por "los Decretos Legislativos Nºs 276 y 728". Esto significa que:

a) A partir del 5 de julio del año 2013 los empleados públicos de dichos regímenes se encuentran sujetos a las disposiciones sobre derechos sindicales establecidos en la LSC y en la LRCT (de forma supletoria), además de las normas supralegales sobre la materia. Por lo que conviene que en las entidades públicas con personal bajo el régimen del D. Legislativo Nº 276 se tenga en cuenta esta modificación sobre las normas que las rigen en materia colectiva.

(4) "A partir del día siguiente de la publicación de la presente Ley, son de aplicación inmediata para los servidores civiles en los regímenes de los Decretos Legislativos Nºs 276 y 728, las disposiciones (…) [d]el Capítulo VI del Título III".

b) Las normas con rango de ley distintas a la LSC y LRCT o de rango inferior referidas a los derechos sindicales de los trabajadores del Estado deben entenderse derogadas tácitamente, dentro de ellas estarían los artículos pertinentes del propio Decreto Legislativo Nº 276 (arts. 24 y 44) y sus normas de desarrollo. Ello debido a lo previsto en la Novena Disposición Complementaria Final ya mencionada: que los derechos colectivos del personal del Estado (regímenes 276 y 728) se rige por la LSC y esta en su artículo 40 LSC dispone como normas aplicables: la CP, Convenio 151 OIT, LSC y LRCT (de forma supletoria).

   Esto además se refuerza por lo previsto en el inciso d) de la Novena Disposición Complementaria Final de la LSC, que señala que los Decretos Legislativos Nºs 276 y 728 en "ningún caso constituyen fuente supletoria del régimen que la presente ley [LSC] establece".

c) La LSC no plantea la vigencia inmediata de su Capítulo VI (sobre Derechos Colectivos) para el caso de los empleados bajo el régimen de Contratos Administrativos de Servicios (en adelante, CAS), sino solo para "los servidores civiles en los regímenes de los Decretos Legislativos Nºs 276 y 728". Por ello, puede afirmarse que el ejercicio de la libertad sindical del personal CAS se seguirá rigiendo por las disposiciones de los arts. 11-A, 11-B y 11-C del Decreto Supremo Nº 075-2008-PCM[5] (Reglamento del Decreto Legislativo Nº 1057, que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios). Respecto a lo que aquí interesa, cabe indicar que en dicha norma se establece (art. 11-B del Decreto Supremo Nº 075-2008-PCM) que el derecho de huelga de los trabajadores CAS se regirá por la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

III. LAS NORMAS APLICABLES AL DERECHO DE HUELGA TRAS LA LEY DEL SERVICIO CIVIL

El artículo 40 de la LSC señala que: "Los derechos colectivos de los servidores civiles son los previstos en el Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) y en los artículos de la función pública establecidos en la Constitución Política del Perú", es decir, los artículos 28, 42 y 53 del CP.

(5) Modificado por el Decreto Supremo Nº 065-2011-PCM.

1. Normas internacionales, en especial, los convenios de la OIT

Si bien la LSC, dentro de las normas internacionales, solo menciona al Convenio 151 de la OIT (sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública); debe recordarse que el Convenio 87 de la OIT (sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación) recae plenamente sobre este régimen, ya que la aplicación del Convenio 151 OIT "no anula ni menoscaba en modo alguno los derechos básicos de sindicación garantizados a todos los trabajadores por el Convenio núm. 87"[6]. Así, a lo largo del Convenio 87 se declaran todos los derechos derivados del ejercicio de la libertad sindical: derecho de constitución, de afiliación, de reglamentación, de representación, de federación y de gestión interna y externa, dentro de este último se encuentra el derecho de huelga[7], para todos "los trabajadores (…) sin ninguna distinción" (art. 2 Convenio 87 OIT), por lo que el ámbito subjetivo de aplicación de dicho convenio incluye a los funcionarios públicos. Con las excepciones establecidas en las normas internacionales e internas[8]. A saber: los miembros de las Fuerza Armadas y Policía Nacional, los funcionarios del Estado con poder de decisión, los que desempeñan cargos de confianza o de dirección (art. 6 Conv. 87 OIT, art. 42 del CP). Este último grupo excluido del derecho de huelga, se ha concretado en la LSC (art. 40) a través de las siguientes tres categorías: "funcionarios públicos", "directivos públicos" y "servidores de confianza".

Por todo ello, se entiende que la ley solo menciona al Convenio 151 OIT por su mayor especialidad en la materia, sin excluir –no puede hacerlo– a las demás normas supranacionales sobre libertad sindical[9] aplicables a los servidores del Estado. Tal como ha dejado claro el Tribunal Constitucional (en adelante, TC): "por el hecho de que una ley no se refiera a ellos o que no regule las mismas materias, no se dejarán de aplicar los tratados internacionales que

(6) OIT. *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. 5ª ed. (revisada), OIT, Ginebra, 2006, párrafo 1061.

(7) VILLAVICENCIO RÍOS, A. *La Libertad Sindical en el Perú. Fundamentos, alcances y regulación*. 1ª ed., PLADES, 2010, p. 87 y ss.; CEARC. *Estudio General: Libertad Sindical y Negociación Colectiva*. 1ª ed., OIT, Ginebra, 1994, párrafo 128.

(8) Cabe mencionar que la OIT ha interpretado que tal posibilidad de exclusión debe hacerse considerando una definición restrictiva, de tal forma que no alcance al "personal civil" de dichos cuerpos armados, y que incluso "en caso de duda los trabajadores deberían tener consideración de civiles". Ver. OIT. *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. 5ª ed., (revisada), OIT, Ginebra, 2006, párrafo 226.

(9) Por supuesto, existen otros instrumentos internacionales que recogen –aunque de forma muy escueta y general– los derechos colectivos de todos los trabajadores. Estos son: Declaración Universal Derechos Humanos (art. 23), PI Derechos civiles y políticos (art. 22.1), PI Derechos económicos, sociales y culturales (art. 8) y Protocolo de San Salvador (art. 8).

reconocen derechos a los empleados públicos, puesto que son normas jurídicas válidas y vinculantes dentro de nuestro ordenamiento jurídico nacional"[10] (ver, art. 55 del CP).

Interesa recordar que por mandato de la Cuarta Disposición Final y Transitoria CP, todos los instrumentos internacionales deben considerarse al interpretar el contenido de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución, entre ellos, el derecho de huelga. Además, es necesario que el contenido de las normas internacionales se complemente con los criterios de los órganos que interpretan dichas normas vinculantes para el país[11]. En ese sentido, las pautas establecidas por los órganos de control de la OIT son de especial utilidad, tanto por no existir una norma internacional *ad hoc* que desarrolle el derecho de huelga, como por tratarse de organismos especializados en la interpretación de los derechos laborales a nivel supranacional. Dichos órganos son el Comité de Libertad Sindical (en adelante, CLS) y la Comisión de Expertos para la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (en adelante, CEACR).

2. Las normas nacionales: ¿un modelo de jerarquía normativa invertida?

Por otro lado, las escasas seis disposiciones de la LSC sobre derechos colectivos no regulan de forma completa estos derechos. Dicha regulación insuficiente se observa con mayor nitidez en el derecho de huelga[12], ya que solo el artículo 45 de la LSC se ocupa de él. En concreto, indicando dos requisitos para la declaración de la huelga y estableciendo la posibilidad de contratación de personal para cubrir servicios mínimos. No obstante, la LSC en su artículo 40 dispone la aplicación supletoria del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante, LRCT) en todo lo que no se oponga a aquella.

Por otro lado, cabe recordar que antes de la dación de la LSC, el artículo 86 de la LRCT ya establecía que la huelga "de los trabajadores sujetos al régimen laboral público, se sujetará a las normas contenidas … [en ella] en cuanto le sean aplicables". Por ello, la remisión supletoria a la LRCT hacía pensar que el panorama normativo, al menos respecto al derecho de huelga de los servidores públicos, iba a mantenerse prácticamente inalterado, de tal forma que la LSC solo haría

(10) STC Exp. Nº 008-2005-PI/TC, del 12 de agosto de 2005, f. j. 50.

(11) CASTILLO CÓRDOVA, L. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. 2ª ed., Palestra, Lima, 2005, p. 260.

(12) La regulación tan escueta de este importante derecho ha merecido alguna crítica de la doctrina nacional. ARÉVALO VELA, J. "Las relaciones colectivas de trabajo en la Ley del Servicio Civil". En: AA.VV. *Homenaje Aniversario de la SPDTSS. Veinticinco años de las Bodas de Plata de la Sociedad*. SPDTSS, 2013, p. 462.

las especificaciones necesarias y en lo no regulado se aplicarían las reglas correspondientes de la LRCT, como hasta ese momento.

Sin embargo, al publicarse el Reglamento General de la LSC, D.S. Nº 040-2014-PCM (en adelante, RLSC), se recogieron aspectos esenciales del ejercicio del derecho de huelga, aspectos hasta entonces regulados por la LRCT. Así, el RLSC desarrolla los siguientes puntos: la definición de la huelga (art. 79), siete requisitos para la declaratoria de huelga (art. 80), la descripción de las huelgas atípicas (art. 81), el ámbito y vigencia de la huelga (art. 82), la definición de los servicios indispensables y de los servicios esenciales (art. 83) y la imposición de servicios mínimos (art. 85). En otras palabras, lo que debió recoger la LSC viene ahora regulado (al menos formalmente) por una norma infralegal. Así, *de facto*, la delimitación del contenido del derecho constitucional a la huelga en el sector público se establece básicamente en el RLSC. Ello podría generar la confusión de aplicar directamente el reglamento (ante la escasa regulación en la LSC) y solo acudir a la LRCT (norma con rango de ley), ante lo no regulado en dicho reglamento. Este entramado de reglas de aplicación crearía un modelo de "jerarquía normativa invertida", donde la Ley estaría al servicio del reglamento y no al revés, como manda el artículo 118.8 del CP.

Por otro lado, es cierto que gran parte del contenido de lo previsto en el RLSC es prácticamente copia literal de lo que señala la LRCT respecto a la huelga, por lo que podría argumentarse que la regulación posterior a la LSC no altera el régimen anterior, zanjando el asunto. Sin embargo, ese razonamiento no soporta un serio análisis jurídico. Existen varios argumentos para afirmar que –luego de la CP y los Tratados internacionales– se debe aplicar la LSC en primer orden, la LRCT de forma supletoria y finalmente el RLSC, siempre que este no se oponga a tales normas con rango de ley. La labor del operador del Derecho será conciliar este grupo de normas al momento de interpretarlas, como pretende hacerse en este trabajo.

Para concluir, conviene recordar y advertir lo siguiente:

- El derecho de huelga, es un derecho fundamental cuyos límites están sujetos a ley y que requiere de un desarrollo legislativo para que sus titulares puedan ejercerlo de modo pleno[13]. La propia CP manda al Estado regular este derecho y a señalar sus excepciones y

(13) Sobre la aplicación inmediata de las normas constitucionales, como regla general; y, las normas constitucionales cuya aplicación requiere actos posteriores del poder político. Ver, CASTILLO CÓRDOVA, L. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. 2ª ed., Palestra, Lima, 2005, pp. 209-213.

limitaciones (art. 28.3 del CP). Si bien no se indica el instrumento normativo que debe utilizar el Estado para tal regulación, debe afirmarse que se trata de una materia reservada a la Ley, como ha manifestado el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) en reiteradas ocasiones(14). Esta garantía normativa de los derechos constitucionales se recoge en la Octava Disposición Final y Transitoria CP(15): "Las disposiciones de la Constitución que lo requieran son materia de leyes de desarrollo constitucional". A esto se añade el artículo 40 del CP que dispone: la "ley regula (…) los derechos (…) de los servidores públicos". Así, el contenido constitucional y las limitaciones al derecho de huelga deben regirse por Ley. Claro está, que el reglamento servirá para complementar, precisar, definir, etc., lo regulado por las leyes "sin transgredirlas ni desnaturalizarlas" (art. 118.8 del CP).

- No puede alegarse que la LSC ha actuado como una ley de remisión general, limitándose a recoger unos cuantos artículos y dejando el resto a su reglamento, para que este desarrolle el contenido esencial del derecho de huelga y sus restricciones. Esta técnica de delegación legislativa, conocida en doctrina española como "deslegalización"(16), está prohibida también en el ordenamiento constitucional peruano (en atención a las disposiciones mencionadas en el punto anterior).

- Es importante tener claridad sobre esto, pues la usurpación por parte del reglamento de contenidos reservados a la ley o de los recogidos anteriormente por una ley, no es una práctica inofensiva. Ya que, al degradar formalmente el rango de la norma que regula el derecho fundamental, se la expone a que "pueda ser modificada en adelante por simples Reglamentos"(17). Con la consecuente falta de imparcialidad que pudiera existir, pues la Administración Pública –en calidad de empleador– es la afectada directa con la medida de fuerza colectiva (huelga).

(14) SSTC Exp. Nº 2050-2002-AA/TC, del 16 de abril de 2003, f. j. 4; Exp. Nº 1115-1999-AA/TC, del 19 de enero de 2000, f. j. 6; Exp. Nº 0031-2004-AI/TC, de 23 del setiembre de 2004, f. j. 6.

(15) CASTILLO CÓRDOVA, L. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Ob. cit., pp. 489 y 491.

(16) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, R. *Curso de Derecho Administrativo. I.* 15ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pp. 282 y 288.

(17) Ibídem, p. 287.

IV. REGULACIÓN PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA

1. Definición

La definición legal de este derecho permite conocer –por contraste– qué tipo de huelgas son ilícitas en un ordenamiento. Se debe acudir a la LRCT (art. 72) a falta de precisión en la LSC, por lo que en el Sector Público se mantiene el modelo de definición restrictiva, es decir, la que exige que la medida de fuerza consista en la paralización de labores, con abandono del centro de trabajo(18). Definición que el RLSC (art. 79) refuerza, con un texto muy similar a la LRCT.

En concordancia con la definición restrictiva, la LRCT (art. 81) considera irregulares las modalidades de huelga distintas a la mencionada: la huelga a celo o reglamento (sin cese de labores y con ocupación del centro de trabajo), la huelga de brazos caídos (con cese de labores y ocupación del centro de trabajo), entre otros. Estas modalidades de huelga prohibidas por la ley, son propias de la definición extensiva, es decir, "toda perturbación concertada colectivamente del proceso de producción"(19), con o sin abandono del centro de trabajo.

Por otro lado, el CLS se pronuncia de forma categórica –en reiteradas ocasiones– a favor de que los Estados acepten las modalidades de huelga propias de una definición extensiva(20). En dos de estas ocasiones se ha dirigido al Estado peruano, señalando: "respecto a los alegatos relativos al desconocimiento del presente decreto-ley [Decreto Ley Nº 25593, de 1992] de las modalidades tales como paralización intempestiva, trabajo a desgano, a reglamento, etc. (arts. 81 y 84), el Comité considera que tales limitaciones solo se justificarían en los casos en que la huelga dejase de ser pacífica"(21). Ya entonces, la LRCT disponía que sus reglas sobre huelga eran aplicables al sector público, por lo que el criterio del CLS puede considerarse extendido a las huelgas de los servidores públicos. En este orden

(18) SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I. *Derecho Sindical*. 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 384.

(19) Ibidem, p. 384.

(20) OIT. *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. 5ª ed. (revisada), OIT, Ginebra, 2006, párrafo 545: "En cuanto a las modalidades del derecho de huelga denegado a los trabajadores (paralización intempestiva, trabajo a reglamento, huelga de brazos caídos, huelgas de celo, trabajo a ritmo lento, ocupación de la empresa o del centro de trabajo), el Comité consideró que tales limitaciones solo se justificarían en los casos en que la huelga dejase de ser pacífica".

(21) CLS, Informe núm. 291, Noviembre 1993, Caso núm. 1648 (Perú), disponible en: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2902424>. También, Caso núm. 1648 (Perú), desarrollado en el mismo informe, disponible en: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2902438>.

de ideas, las disposiciones legales bajo comentario (arts. 72 y 81 LRCT), no soportarían el control de convencionalidad, pues rechazan las modalidades de huelga defendidas por los órganos de control de la OIT (según la definición extensiva).

Cabe destacar, que el RLSC (art. 81) prácticamente repite la lista de modalidades irregulares de huelga de la LRCT, esta vez bajo el nombre de: "huelgas atípicas". Además, la lista que recoge el RLSC calza con la definición restrictiva de huelga de la LRCT, por lo que formalmente no habría inconveniente. Sin embargo, como esta ley no supera los estándares internacionales sobre libertad sindical, puede decirse que tampoco los supera el RLSC que la complementa.

2. Requisitos

Si bien el artículo 45.1 de la LSC señala que es "ilegal el ejercicio del derecho de huelga que no haya cumplido con lo establecido" en él (es decir, con los únicos dos requisitos que contempla), ello no quiere decir que "solo" sería ilegal una huelga en estos casos. La habilitación para establecer limitaciones al derecho de huelga está prevista en la CP (art. 28.3), esta disposición se fundamenta en la inevitable afectación de los intereses de terceros que genera la medida de fuerza laboral. De ahí que sea necesario regular el ejercicio de este derecho y en particular los requisitos para ello.

En ese sentido se debe interpretar que la LSC en su artículo 45 solo puntualiza dos requisitos para declarar una huelga, a los que deben añadirse los demás requerimientos de la LRCT como norma supletoria (art. 73). De esta forma se garantiza que la huelga convocada tenga fines lícitos (la defensa de los derechos e intereses de los trabajadores art. 73.a); que la decisión sea adoptada por la mayoría de trabajadores y que esta decisión sea refrendada por notario o juez de paz competente (arts. 72 y 73.b), exigencia que deriva también de la propia constitución al imponer al Estado que cautele "el ejercicio democrático" de los derechos colectivos; que se comunique la decisión no solo al empleador sino también al Ministerio de Trabajo, quien garantizará que se hayan cumplido los requisitos necesarios para ejercer regularmente el derecho (art. 74)

A continuación, se analizarán algunos requisitos en atención a su relevancia y a su regulación en las distintas normas comentadas.

A) Objeto

El RLSC (art. 80.a) menciona como objeto de la huelga la "defensa de los derechos e intereses de los servidores civiles", se entiende que se trata de los derechos e intereses "socioeconómicos o profesionales" en concordancia con la LRCT (art. 73.a).

Asimismo se exige que el objeto de la huelga se refiera a los "trabajadores en ella comprendidos" (art. 73.a) LRCT y art. 80.a) RLSC). Este requisito excluye la posibilidad de las huelgas solidarias en el sector púbico[22], es decir, las que apoyan una huelga legal de terceros trabajadores; pues en ellas, "el interés en juego no les afecta directamente" a los huelguistas[23].

El CLS se pronuncia sobre este tipo de medida de fuerza, pero no de manera contundente, por lo que parece dejar un margen de interpretación a cada Estado. El órgano de control de la OIT señala que: "Una prohibición general de las huelgas de solidaridad *podría* ser abusiva y los trabajadores *deberían* poder recurrir a tales acciones a condición de que sea legal la huelga inicial que apoyen"[24] (nótese el uso de verbos en condicional. El énfasis es añadido). Por otro lado, si bien es cierto, en un primer momento (año 1994) el CLS solicitó al Estado peruano que modifique el artículo 73.a), lo hizo de forma muy genérica: "a fin de permitir a los trabajadores ejercer el derecho de huelga conforme a los principios de la libertad sindical"; nuevamente, deja abierta la posibilidad al Estado de concretar este tema[25]. A su vez, la CEACR parece admitir supuestos de exclusión de las huelgas de solidaridad[26]. Finalmente, este órgano de control en una Observación individual al Estado peruano, no solicitó una modificación normativa en este extremo, aunque tuvo la oportunidad de hacerlo, pues se refirió al art. 73 pero para comentar otro inciso[27] .

En atención a lo anterior, podría defenderse en el Sector Público un margen de regulación del legislador en este tema. En vista de que tal prohibición no afecta la esencia del derecho de huelga, pues los servidores afectados pueden igualmente

---

(22) Cabe mencionar que en el sector privado, se ha ubicado una sentencia en la que se considera falta grave la inasistencia de un trabajador que acudió a una huelga convocada por un sindicato del que no era parte, ya que: "tal eventual solidaridad no es una figura prevista en la legislación laboral respectiva", Expediente Nº 1272-92-CD, del 28 de diciembre de 1992, f. j. Único.

(23) SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I. *Derecho Sindical*. Ob. cit., p. 385.

(24) OIT. *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ob. cit., párrafo 534.

(25) Ver, CLS, Informe núm. 291, Noviembre 1993, Caso núm. 1650 (Perú), disponible en: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2902438>.

(26) "(…) La Comisión subraya que a este respecto es preciso hacer muchas distinciones (por ejemplo, en cuanto a la definición exacta del concepto de huelga de solidaridad, a la relación que justifica el recurso a este tipo de huelgas, etc.)", pero considera que la prohibición general de las huelgas de solidaridad podría ser abusiva y que los trabajadores deberían poder emprender esas acciones cuando la huelga inicial con la que se solidarizan sea, en sí misma, legal". CEARC. *Estudio General: Libertad Sindical y Negociación Colectiva*. 1ª ed., OIT, Ginebra, 1994, párrafo 162.

(27) CEACR: Observación individual sobre el Convenio 87, 1948, Perú (ratif. 1960), Publicado: 2005. Disponible en: <http://www.oit.org.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=1684:ceacr-observacindividual-sobre-el-convenio-87-1948-peratif-1960-publicado-2005&catid=288:peru&itemid=1337>.

ejecutar la medida de fuerza aunque no tengan el "apoyo solidario" de otros; asimismo, una huelga no es la única forma de apoyar al gremio (por ej. comunicaciones en prensa o apoyar a la marcha ajena pero fuera de la jornada de trabajo). Además, siguiendo el principio de unidad de la Constitución[28] debe conciliarse el derecho de huelga de los servidores públicos (arts. 28 y 42 del CP) con el mandato por el cual "todos los funcionarios y servidores públicos están al servicio de la Nación" (art. 39 del CP)[29]. En este orden de ideas, la huelga significaría nada menos que suspender el "deber de lealtad" del servidor público al interés general en la prestación del servicio[30], por ello debe existir una justificación especial para realizarla, es decir, la presencia de un "interés directo" de quienes convocan la huelga.

B) Agotar los mecanismos de negociación o mediación

Esta exigencia se fundamenta, por un lado, en el carácter instrumental y de última *ratio* del derecho de huelga, que no es un fin en sí mismo sino un medio para alcanzar los objetivos del grupo, al que se llega luego de agotar las vías pacíficas de solución, en especial la negociación entre las partes[31]. Y por otro, en el principio de fomento de la negociación colectiva y de solución pacífica de los conflictos colectivos (art. 4 Con. 98 OIT)[32]. Que en el Perú además se recoge como mandato constitucional para el Estado (art. 28 del CP).

B.1. El alcance facultativo de agotar las vías previas

El artículo 45.1 de la LSC recoge tal requisito haciendo referencia solo a la negociación directa y la mediación como vías que se deben agotar, pero debe entenderse incluida la conciliación aunque no se mencione expresamente[33], ya que esta es una etapa del procedimiento de negociación considerada en la misma ley

(28) CASTILLO CÓRDOVA, L. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Ob. cit., pp. 247-248.

(29) En la LSC (art. 39.b) este se concreta en: "Privilegiar los intereses del Estado sobre los intereses propios o de particulares".

(30) MARTÍN VALVERDE, A. "El Estatuto del Empleado Público y la regulación de los conflictos colectivos de trabajo". En: Cabeza Pereiro, J. y Martín Girón, J. (Coord.). *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al profesor Gonzalo Diéguez*. Laborum-Universidad de Vigo, Murcia, 2008, pp. 226-230.

(31) PASCO COSMÓPOLIS, M. (Coord.). "La huelga en el Perú". En: *La huelga en Iberoamérica*. AELE, Lima, 1996, p. 212.

(32) El TC menciona la norma internacional y la nacional de las cuales extrae la siguientes conclusión: ambas disposiciones normativas "encarga[n] al Estado peruano el fomento de la negociación colectiva y la promoción de formas de solución pacífica de los conflictos, lo que significa no solo que este debe garantizar el derecho a la negociación colectiva, sino también que debe promover su desarrollo".

(33) ARÉVALO VELA, J. "Las relaciones colectivas de trabajo en la Ley del Servicio Civil". En: AA.VV. *Homenaje Aniversario de la SPDTSS. Veinticinco años de las Bodas de Plata de la Sociedad*, SPDTSS, 2013, p. 459. Este autor al comentar la LSC destaca que "se omite hacer referencia a la 'conciliación', a pesar de ser un medio de autocomposición" de conflictos.

(art. 44.c). Las reglas de dicho procedimiento establecen que, si las partes no llegaran a un acuerdo "pueden utilizar" la conciliación primero (art. 44 de la LSC) y luego "autorizar" la mediación (art. 72 del RLSC). Aunque pareciera una mera facultad para ambas partes transitar por estas tres fases (trato directo, conciliación o mediación) antes de acudir a la huelga, otra debe ser la lectura. Así, para la Administración Pública (dentro de una negociación), no puede hablarse de una facultad, pues como parte del Estado tiene el deber de "promover formas de solución pacífica de los conflictos laborales" (art. 28.3 del CP). Por lo tanto, lo que se exige –y debe ocurrir en la práctica– es que se agoten las vías pacíficas de diálogo antes de la convocatoria de la huelga(34), salvo que los empleados públicos den por terminadas las negociaciones.

Cabe resaltar el nuevo escenario del ejercicio del derecho de huelga tras la regulación de las materias negociables por los servidores. De acuerdo al artículo 5 de la Ley Orgánica del TC, no se han alcanzado los votos suficientes para declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones de la LSC sobre la materia (arts. 31.2, 40, 42, 44.b), Tercera Disposición Final). Solo los magistrados Urviola Hani, Eto Cruz y Alvárez Miranda, han considerado constitucionales las disposiciones que prohíben aumentos de sueldo a través de convenios colectivos en el sector público, señalando que en este caso el legislador debe regular a la brevedad "procedimiento de consultas" entre las partes (ff. jj. 77 a 79)(35). Al no existir un pronunciamiento vinculante del TC al respecto, las disposiciones cuestionadas siguen vigentes y son vinculantes para las administraciones públicas, incluyendo a la Autoridad Administrativa de Trabajo quien debe calificar la procedencia o no de las huelgas en Sector Público.

En ese orden de ideas, si la convocatoria de huelga en el ordenamiento nacional se hace depender de la previa negociación colectiva y esta solo puede referirse a "compensaciones no económicas" (art. 42, 44.b) LSC), la autoridad administrativa debería declarar ilícita la huelga convocada para generar presión sobre aumentos de sueldo o beneficios conexos a este en el sector público. Correspondiendo a la autoridad judicial resolver la impugnación de tal decisión administrativa.

B.2. El modelo de huelga contractual y las huelgas mixtas

La LSC recoge un "modelo de huelga contractual", como en el caso español, es decir, un modelo de huelga fundamentalmente "de apoyo a la negociación

(34) Las frases: "pueden utilizar" referida la conciliación (art. 44 de la LSC) o "si estas [las partes] lo autorizan" referida a la mediación (art. 72 de la RLSC), son al mismo tiempo la precisión de una facultad para la parte sindical y una habilitación legal para la Administración Pública, de acudir a tales mecanismos.

(35) Ver, STC Exp. Nº 00018-2013-PI/TC, del 21 de mayo de 2014,

colectiva", por lo que solo la negociación infructuosa es la condición previa de la huelga(36). Pero incluso en ese sistema la doctrina científica defiende la posibilidad, si bien ocasional y limitada, de las huelgas como expresión de protesta de los servidores públicos ante líneas de actuación del Estado(37). Lo que también debe defenderse en la realidad nacional.

Con apoyo en los criterios de los órganos de control de la OIT(38), se puede acudir a la categoría de huelgas mixtas, las que combinan razones políticas pero de incidencia directa sobre los derechos e intereses socio-económicos y profesionales de los huelguistas(39). Precisamente, la ley bajo comentario (como parte de una política de reforma de la Administración Pública), ha sido blanco de marchas de protesta por distintos gremios de servidores públicos.

El CEACR señala la validez de los sistemas donde "solo se permite recurrir a la huelga como medio de presión para conseguir la adopción" de un convenio colectivo. "No obstante, no debería impedirse a las organizaciones de trabajadores realizar huelgas en contra de la política económica y social del gobierno"(40), que tengan "consecuencias inmediatas para sus miembros y para los trabajadores en general"(41). En la misma línea se pronuncia el CLS(42). Esta cuestión no es solo teórica, la importancia de conocer la posibilidad de las huelga mixtas en el sector público, permite calificarlas como válidas por haber cumplido los requisitos legales. Por ello, para hacer compatibles los criterios de los órganos de control de la OIT sobre las huelgas mixtas y el requisito de la LSC (art. 45.1) sobre agotamiento de las negociaciones (en sentido estricto, es decir, las que culminarían en un convenio colectivo), debe entenderse que dicho requisito es exigible siempre y cuando tal negociación exista. Además, la huelga mixta cumple con el requisito previsto en el artículo 73.a) LRCT, pues tiene por objeto "la defensa de los derechos e intereses socioeconómicos y profesionales de los trabajadores".

---

(36) MARTÍN VALVERDE, A. Ob. cit., pp. 234-235.

(37) Ibídem, pp. 235-236.

(38) En el mismo sentido, ARCE ORTIZ, E. "Límites internos y externos al derecho de huelga". En: *Boletín electrónico del Ministerio de Trabajo*. Nº 22, Lima, octubre de 2012 (Derecho de huelga), p. 5. Disponible en:<http://www.trabajo.gob.pe/boletin/boletin_22.html>.

(39) SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I. *Derecho Sindical*. Ob. cit., p. 380.

(40) CEARC. *Estudio General: Libertad Sindical y Negociación Colectiva*. 1ª ed., OIT, Ginebra, 1994, párrafo 166.

(41) Ibídem, párrafo 165.

(42) OIT. *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ob. cit., párrafo 531.

Dicho lo anterior, cabe señalar que es tarea del poder político prevenir estas huelgas mixtas, a través de canales adecuados de diálogo social, antes de emprender alguna reforma importante para la clase trabajadora. Ello no garantiza una paz social absoluta pero puede previene conflictos colectivos de grandes dimensiones.

B.3. El modelo de huelga contractual y las huelgas motivadas por conflictos colectivos jurídicos

El modelo de huelga contractual de la LSC (art. 45.1) solo habilitaría a acudir a huelga frente a conflictos colectivos "de intereses o económicos", es decir, la huelga que deriva ante el fracaso de una negociación colectiva. Lo que descarta –de manera implícita– las huelgas derivadas de conflictos colectivos "jurídicos", es decir, las que tienen como causa problemas de interpretación y aplicación de normas (leyes o convenios colectivos)(43).

Debe mencionarse que este supuesto legal cumple los estándares internacionales de la OIT. Sobre el tema, el CLS señala que: "La solución de un conflicto de derecho resultante de una diferencia de interpretación de un texto legal debería incumbir a los tribunales competentes. La prohibición de la huelga en semejante situación no constituye una violación de la libertad sindical"(44).

Por su parte, la Ceacr indica que: "Si se prohíben las huelgas durante la vigencia de los convenios colectivos, esta importante restricción (…) debe ser compensada con el derecho de recurrir a un procedimiento de arbitraje imparcial y rápido (...) Ese tipo de procedimiento no solo permite resolver durante la vigencia de los convenios las inevitables dificultades de aplicación y de interpretación que puedan surgir, sino que también tiene la ventaja de preparar el terreno para las rondas de negociaciones futuras, dado que permite determinar los problemas que se han planteado durante el periodo de validez del convenio colectivo de que se trate"(45).

Puede decirse que lo previsto en el artículo 45.1 de la LSC es válido no solo porque cumple los estándares internacionales de los órganos de la OIT sino también porque el artículo 28 del CP manda al Estado promover "formas de solución pacífica de los conflictos laborales". Ello supone no extender los supuestos de huelga ante conflictos colectivos que pueden solucionarse por otras vías. Por lo anterior, puede interpretarse que cuando el artículo 45.1 de la LSC exige para

(43) SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I. *Derecho Sindical*. Ob. cit., p. 385.

(44) OIT. *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT.* 5ª ed. (revisada), OIT, Ginebra, 2006, párrafo 532.

(45) CEARC. *Estudio General: Libertad Sindical y Negociación Colectiva*. Ob. cit., párrafo 167.

acudir a huelga: "haber agotado la negociación", se refiere al procedimiento de negociación regulado en misma norma (arts. 43 y 44 de la LSC), y no a negociaciones (o conversaciones) entabladas por las partes frente a problemas de aplicación o interpretación de normas.

Finalmente, nada impide que ante conflictos colectivos jurídicos los interlocutores sociales inicien negociaciones (en sentido amplio) o acudan a medios de solución alternativa de conflictos; sin embargo, el fracaso de estos exigirá acudir a la vía judicial o arbitral pero no a la huelga.

C) Decidida por la mayoría de los trabajadores

Esta regla se sustenta en la tarea asignada al Estado de garantizar el ejercicio democrático de los derechos colectivos (art. 28 del CP). La decisión mayoritaria de realizar una huelga, está muy vinculada a quién tiene legitimidad para convocar y declarar la misma: ¿los trabajadores en sentido lato, los trabajadores adscritos a un sindicato o ambos?

Al respecto el CLS ha señalado que "no parece que el hecho de reservar exclusivamente a las organizaciones sindicales el derecho de declarar una huelga sea incompatible con las normas establecidas en el Convenio núm. 87 (…)"[46]. Sin embargo, este no es el modelo seguido por el ordenamiento laboral peruano. Sirve a esta explicación conectar nuevamente el derecho de huelga con el de negociación colectiva.

La LSC (art. 43.c) permite que un pliego de peticiones lo negocie tanto un sindicato como una "coalisión de trabajadores", "de no existir sindicato". Si el paso previo para declarar la huelga es el agotamiento de la negociación, directa o indirecta (art. 45.1 de la LSC), y si esta negociación puede darse por sindicatos o un grupo de trabajadores debidamente representados; luego, ambos pueden convocar y declarar una huelga como medio de presión a la Administración Pública sobre lo que están negociando.

Caso distinto, pero vinculado al derecho de huelga, es la negociación iniciada por un grupo de trabajadores aunque exista un sindicato (o más) en el ámbito. Esta posibilidad no se contempla en la LSC, al menos expresamente (la ley habla de negociación "de no existir sindicato"). Pero cabe reflexionar sobre la posición en la que quedan tales empleados públicos ante este panorama, quienes deberían inscribirse en el sindicato existente para ejercer su derecho

(46) OIT. *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ob. cit., párrafo 524.

a la negociación colectiva y a la huelga (como instrumento de aquel). Lo que atentaría contra el derecho de no afiliación y de libre afiliación sindical de estos servidores (aspecto de la libertad sindical garantizada por varias sentencias del TC y en la LRCT).

Con la salvedad del párrafo anterior, queda claro que tanto los trabajadores (como grupo) como el sindicato, pueden convocar y declarar la huelga(47). Por ello es que cuando la LRCT (art. 73.b) exige que la decisión "sea adoptada en la forma que expresamente determinen los estatutos"(48), debe entenderse como "requisito potencial", que se activará cuando exista un sindicato y este convoque la huelga(49). La misma lectura debe darse al artículo 80.b) de la RLSC, con idéntico texto.

Ahora bien, para considerar válida la decisión de paralización colectiva de labores, la ley exige que esta represente a la mayoría "de los trabajadores comprendidos en su ámbito" (art. 73.b de la LRCT y art. 80.b) de la RLSC). Es decir, para la contabilidad de las mayorías se tienen en cuenta a todos los servidores del ámbito respectivo y no solo a los que acudieron a la votación; se incluyen a todos estén o no afiliados al sindicato; o, tengan o no interés o beneficio en lo que se reclama, en cuyo caso el requisito se torna, además de exagerado(50), innecesario. Al respecto se comparte el criterio del CLS cuando señala que tal requisito "es demasiado elevad[o] y podría dificultar excesivamente la posibilidad de efectuar la huelga (…)"(51).

---

(47) En el mismo sentido aunque con otros argumentos, ARCE ORTIZ, E. "Límites internos y externos al derecho de huelga". En: *Boletín electrónico del Ministerio de Trabajo*. Nº 22, Lima, octubre de 2012 (Derecho de huelga), p. 3. Disponible en: <http://www.trabajo.gob.pe/boletin/boletin_22.html>.

(48) UGAZ OLIVARES, M. "La huelga en el ordenamiento laboral peruano". En: AA.VV. *Homenaje Aniversario de la SPDTSS. Veinticinco años de las Bodas de Plata de la Sociedad*. SPDTSS, 2013, p. 418. El autor propone utilizar el procedimiento de decisión ordinario, a falta de un procedimiento específico establecido en el Estatuto.

(49) Esta interpretación se extrae también de lo señalado por el TC al respecto: "de conformidad con lo establecido en los artículos 72 y 73 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Decreto Supremo Nº 010-2003-TR), su ejercicio corresponde a los trabajadores en sentido lato, aunque sujeto a que la decisión sea adoptada en la forma que expresamente determina la ley y dentro de su marco, el estatuto de la organización sindical" (f. j. 41). Ver: STC Exp. Nº 008-2005-PI/TC, de 12 de agosto de 2005.

(50) Con total claridad, el autor destaca algunos supuestos donde se verifica esta situación, por ejemplo: "cuando el conflicto alcanza exclusivamente a un sindicato minoritario que se encuentre negociando un convenio colectivo de eficacia limitada". BOZA PRÓ, G. "La protección constitucional de la Libertad Sindical (Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en particular en la sentencia del 5 de enero de 2006". En: AA.VV. *Trabajo y Seguridad Social. Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez*. Grijley-SPDTSS, Lima, 2008, p. 348.

(51) OIT. *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ob. cit., (párrafo 556. También 547, 548 y 557).

No cabe duda del problema que supone conseguir la presencia física de la totalidad de servidores para dicha votación. Si este requisito es condición *sine qua non* para acceder al derecho y en la práctica resulta difícil de cumplir, los servidores se encuentran con un obstáculo que impide su ejercicio[52]. En esa línea de ideas, puede defenderse que la ley de desarrollo constitucional (LRCT) vulnera el contenido esencial de este derecho. Ello no quiere decir que se elimine cualquier tipo de mayoría, como se verá a continuación.

Esta postura se refuerza con la Observación que recibió el Estado peruano a través de la CEACR respecto a este punto (art. 73.b) de la LRCT), quien señala claramente que: "si un Estado Miembro considera adecuado prever en su legislación disposiciones que exijan que las acciones de huelga deban ser votadas por los trabajadores, dicho Estado deberá asegurar que solo se tomen en consideración los votos emitidos, y que el quórum o la mayoría necesaria se fije a un nivel razonable. En estas condiciones, la Comisión pide al Gobierno que tome medidas para que el inciso b) del artículo 73 sea modificado de manera que para poder declarar una huelga solo se requiera que la decisión sea adoptada por la mayoría de los trabajadores *votantes*"[53] (énfasis añadido).

Ahora bien, hasta que el legislador modifique esta regla, la primacía de la Constitución sobre el texto legal (art. 51 del CP), el principio de conservación de las normas y el principio *in dubio pro legislatore* democrático, exige acudir al "criterio de interpretación de la ley conforme a la Constitución", por el cual, una disposición legal no será inconstitucional si entre las interpretaciones posibles, existe al menos un sentido interpretativo que se ajuste a la Constitución[54]. Por ello, siguiendo la solución dada por el órgano internacional, puede entenderse que el requisito legal se refiere a la "mayoría de los trabajadores del ámbito" *votantes en asamblea*.

Todo lo anterior, debe trasladarse a la interpretación del RLSC (art. 80.d), que repite textualmente la regla de la LRCT.

---

(52) En el mismo sentido, haciendo también referencia a los criterios del CLS, VILLAVICENCIO RÍOS, A. "Huelgas y servicios esenciales: alcances, estándares internacionales y nueva afectación (La educación básica regular)", p. 479, en: AA.VV. *Trabajo y Seguridad Social. Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez*, Grijley-SPDTSS, Lima, 2008.

(53) CEACR. *Observación individual sobre el Convenio 87, 1948, Perú (ratif. 1960), publicado*: 2005. Disponile en: <http://www.oit.org.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=1684:ceacr-observacindividual-sobre-el-convenio-87-1948-peratif-1960-publicado-2005&catid=288:peru&item id=1337>.

(54) Ver: STC Exp. Nº 01761-2008-AA/TC, del 7 de julio de 2010, f. j. 18.

D) Plazos de preaviso

D.1. Preaviso: de los servidores a la entidad pública

El CLS considera admisible la presencia de un preaviso al empleador antes de declarar la huelga, incluso acepta un pre-aviso de 20 días en "los servicios de interés social o público"[55]. La LSC (art. 45) exige que los representantes de los trabajadores notifiquen a la entidad el ejercicio del derecho de huelga con una anticipación no menor de 15 días (se repite en el RLSC, arts. 79 y 80.e). Esta disposición puede considerarse compatible con los criterios del CLS antes mencionados, si de datos numéricos se trata.

Sin embargo, al analizar el orden interno en este tema, no puede dejar de darse la siguiente reflexión. Se trata de un plazo distinto al previsto en la LRCT donde se exige la notificación con 5 o 10 días de anticipación, en este último caso cuando está en juego un "servicio público esencial". Por lo tanto, sin importar el tipo de servicio que se preste al ciudadano ("esencial" o no) los servidores civiles habrán de notificar a su Administración Pública empleadora con una antelación mayor que la de los trabajadores del sector privado.

La diferencia de trato en este requisito no parece razonable, hubiera bastado la igualación del plazo de 10 días previsto para los "servicios públicos esenciales" en la LRCT. La razón de ser de este plazo mayor en la LRCT (10 días en vez de 5 días) radica en la importancia de determinados servicios para la vida en sociedad de los ciudadanos (que la LRCT ha llamado "servicios públicos esenciales"). Aunque no todos los servicios que presta la Administración Pública son servicios esenciales, son servicios igualmente importantes para el normal desarrollo de la comunidad. Por ello, habiendo la misma lógica para pedir una notificación previa mayor, parece razonable que el plazo sea el mismo (10 días).

En cualquier caso, en la actualidad existen tres plazos distintos de preaviso (5, 10 y 15 días), que deberán tener en cuenta los trabajadores para validar la medida de fuerza. Pudiendo darse el caso incluso de que frente a un mismo tipo de actividad (servicios de salud por ejemplo), se deban cumplir plazos diferentes.

D.2. Preaviso: de la entidad pública a los usuarios del servicio

Es importante mencionar este "requisito", sobre todo porque no puede calificarse como tal. No puede condicionarse la validez de una huelga a una actuación

(55) OIT. *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT.* 5ª ed. (revisada), OIT, Ginebra, 2006, párrafos 552 y 553.

de la contraparte (Administración Pública), en la medida que se trata de un acto sobre el cual los titulares del derecho (de huelga) no tienen dominio.

Finalmente, esta exigencia no se encuentra en la LRCT ni en la LSC; sin embargo, al ser una ordenación de la actividad administrativa, no hay inconveniente en que se recoja solo en el RLSC[56] (art. 80.e): "la entidad deberá avisar a los usuarios de los servicios del inicio de la huelga".

3. Efectos de la huelga: ¿a quién obliga?

Luego de decidirse la realización de la huelga por mayoría, interesa saber a quiénes obliga. En este punto, debe tenerse en cuenta lo señalado por el TC, para quien el derecho de huelga es de titularidad individual (aunque de ejercicio colectivo) en el sentido de que es al trabajador (servidor público) a quien compete la decisión de "hacer la huelga" junto con sus demás compañeros, por lo que debe constatarse que "no se haya impuesto a los trabajadores discrepantes con la medida de fuerza acordada la participación en la huelga"[57].

Siendo así, las reglas expresadas en el RLSC sobre los efectos de la huelga declarada, trastocan el contenido individual de este derecho, en el sentido dado por el supremo intérprete de la Constitución. Y respaldada por la doctrina científica[58]. Para mayor precisión, el artículo 79.a de la RLSC señala:

> "a) Si la decisión fue adoptada por la mayoría de los servidores civiles del ámbito comprendido en la huelga, se produce la suspensión perfecta del servicio civil *de todos los servidores comprendidos en este*. Se exceptúan los puestos de dirección y los servidores que deben ocuparse de los servicios indispensables y esenciales.
>
> b) Si la decisión fue tomada por la mayoría de servidores del sindicato, pero no por la mayoría de los servidores del ámbito comprendido,

(56) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, R. *Curso de Derecho Administrativo. I.* Ob. cit., pp. 215-216, 225. El autor señala que los asuntos del ámbito interno de la Administración son la materia por excelencia de la potestad reglamentaria. Por ello, en estos casos bastará invocar la potestad reglamentaria genérica que le atribuye la Constitución. De ahí que existan, "Reglamentos independientes" a la ley, y dentro de ellos los "Reglamentos Organizativos", a través de los cuales "la Administración ejercita una facultad de autodisposición sobre sí misma, para cumplir mejor los fines públicos que la Constitución le encomienda".

(57) STC Exp. Nº 008-2005-PI/TC, del 12 de agosto de 2005, f. j. 41.

(58) PLÁ RODRÍGUEZ, A. "La huelga en Uruguay". En: Pasco Cosmópolis, M. (Coord.). *La huelga en Iberoamérica*. AELE, Lima, 1996, p. 258; MONTOYA MELGAR, A. "La huelga en España". En: Pasco Cosmópolis, M. (Coord.). *La huelga en Iberoamérica*. AELE, Lima, 1996, p. 102.

se produce la suspensión perfecta del servicio civil *de los servidores del sindicato* con las excepciones antes señaladas" (el énfasis es añadido).

Solo dos comentarios finales al respecto:

- Si se lee bien, nada se dice sobre qué pasaría (efectos) si la decisión se adoptara por la mayoría de servidores, no del ámbito, sino de los votantes en asamblea. La omisión no puede entenderse como una posibilidad excluida, por las siguientes razones: a) la disposición del RLSC no está regulando las reglas de mayoría como requisito de validez para convocar una huelga, sino sus efectos; b) existe una interpretación latente sobre las reglas de mayorías en la LRCT[59] que permite este supuesto. c) Finalmente, el RLSC no puede ir contra el sentido de la ley (LRCT).

- Respecto a que, no puede obligarse a acudir a huelga a los opositores de la medida, cabe hacer una matización al criterio del TC, en vista de su formulación general. Dicho criterio estaría dirigido a los siguientes casos: a los servidores que votaron en contra de una huelga que se convocó por una "coalisión de trabajadores" y a los servidores que votaron en contra de la huelga convocada por un sindicato al que no están afiliados. Sí debería obligarse en cambio a los servidores afiliados al sindicato convocante, a pesar de haberse opuesto a la decisión de la mayoría. Aquí el derecho de huelga de tales servidores tiene una delimitación distinta, pues al afiliarse al sindicato convocante han decidido voluntariamente acogerse a las reglas del mismo, lo que conlleva plegarse a la decisión de la mayoría. Si no lo hiciera se le podría someter a las medidas disciplinarias previstas en el estatuto sindical.

V. CONTRATACIÓN TEMPORAL DURANTE LA HUELGA: LA PROHIBICIÓN DEL ESQUIROLAJE EN LA LSC

La LSC (art. 45.2) señala que: "El ejercicio del derecho de huelga permite a la entidad pública la contratación temporal y directa del personal necesario para garantizar la prestación de los servicios mínimos de los servicios esenciales

(59) Ver apartado III.2, C) de este trabajo.

y mínimos de los servicios indispensables para el funcionamiento de la entidad, desde el inicio de la huelga y hasta su efectiva culminación".

La redacción poco clara de la disposición antes transcrita, pudo llevar a error a algún jurista haciendo pensar que la LSC permitía el esquirolaje externo, es decir: "la contratación temporal de trabajadores no vinculados a la [entidad] al tiempo de declararse la huelga para sustituir a los trabajadores huelguistas"(60). La prohibición de esta práctica tiene su fundamento en la limitación que se produce al derecho, en la medida que se vienen a ocupar los puestos o funciones dejados vacíos por quienes están en huelga (huelguistas), rompiendo así la eficacia de la medida de fuerza. Por otro lado, la prohibición del esquirolaje se extrae del deber del Estado de no realizar actos de injerencia que impidan la actividad de las organizaciones sindicales (art. 3.2 Convenio 87 de la OIT, art. 5 Convenio 151 de la OIT, art. 41 de la LSC, art. 53 del RLSC).

Para analizar si en la práctica existe esquirolaje, la pregunta clave es: ¿a quiénes reemplazan los nuevos contratados? Es importante señalar, que aunque una huelga se lleve a cabo, en determinados supuestos se deben mantener unos "servicios mínimos" con el fin de no afectar en exceso a los usuarios de la actividad. Por tanto, quienes deban cubrir esos servicios son trabajadores "no huelguistas", en ellos se mantiene la obligación a trabajar, por lo que incumplir, además de acarrearles medidas disciplinarias, permite al empleador (Administración Pública) cubrir sus tareas para garantizar la prestación de los "servicios mínimos" a los ciudadanos. En este caso, no se afecta la eficacia de la huelga pues las funciones asumidas por el servidor de reemplazo igualmente debían estar atendidas durante la medida de fuerza. Por ello, puede afirmarse que, a pesar de la redacción confusa del artículo 45.2 de la LSC, se prohíbe el esquirolaje.

La virtualidad del artículo 45.2 de la LSC sería doble: a) la de servir de norma de habilitación para la contratación de personal fuera de los periodos normales de convocatoria de puestos en la entidad pública; y, b) la de prohibir, *a sensu contrario*, el esquirolaje, ya que se puede contratar personal de nuevo ingreso durante la huelga, pero solo cuando dicho personal reemplace a "los servidores civiles [que] no atendieran adecuadamente los servicios mínimos" (como aclara el art. 85 del RLSC)(61).

(60) SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I. Ob. cit., p. 410.

(61) Artículo 85 RLSC: "*En el caso que los servidores civiles no atendieran adecuadamente los servicios mínimos* de los servicios indispensables y/o de los servicios esenciales, las entidades podrán contratar temporalmente el reemplazo de dicho personal de acuerdo a lo establecido en el numeral 45.2 del artículo 45 de la Ley" (el énfasis es añadido).

Por otro lado, no puede perderse de vista que la condición para contratar personal durante la huelga es que los servidores no atiendan "adecuadamente" los servicios mínimos (art. 85 de la RLSC). Esa atención "adecuada" de los servicios mínimos significa que habrá trabajadores de nuevo ingreso, tanto si no se atienden los servicios mínimos, como si se atienden pero no "adecuadamente", es decir, sin la diligencia debida (con un evidente y voluntario bajo rendimiento)(62).

Por último, es importante tener presente que cada entidad pública al detallar en el primer trimestre del año los puestos y ocupaciones considerados como servicios mínimos (art. 82 de la LRCT y 85 del RLSC), lo hace de manera abstracta. Por ello, los servicios mínimos deben concretarse en cada convocatoria de huelga, con el fin de evitar contrataciones de personal injustificadas que puedan neutralizar la eficacia la acción sindical. Esta concreción debe realizarse de acuerdo a una serie de factores como: la extensión de la huelga (puede tratarse de una huelga en una sola sede, pudiendo los usuarios acudir a las restantes), su duración (la huelga puede durar pocos días, 2 o 3), las concretas necesidades del servicio que se dejan de cubrir (tal vez se trate de labores que puedan omitirse sin afectar excesivamente a la entidad y a los usuarios), la naturaleza de los derechos o bienes constitucionalmente protegidos(63). En definitiva, el mantenimiento de los servicios mínimos durante la huelga no puede significar el funcionamiento normal del servicio ni perturbar de manera irrazonable el interés de la comunidad(64).

VI. CONCLUSIONES

1. A pesar de que formalmente el RLSC recoge gran parte del contenido esencial del derecho de huelga (definición, requisitos, límites, supuestos ilícitos), este debe aplicarse luego de acudir e interpretar las normas internacionales, la CP, la LSC y, de manera supletoria, la LRCT.

2. En términos generales, el régimen de la huelga en el sector público se mantiene inalterado como consecuencia de su mínima regulación en la LSC, lo que exige aplicar –de forma supletoria– la LRCT, norma que se venía aplicando en este ámbito.

(62) Así, el servidor desconoce una de sus obligaciones con la entidad y la comunidad: "Cumplir leal y diligentemente los deberes y funciones que impone el servicio público" (art. 39.a) de la LSC).

(63) Estos criterios se han extraído de la jurisprudencia española, pero son válidos para el tema bajo comentario. Ver, STC español 43/90, de 15 de marzo de 1990, f. j. 5.d)

(64) Ibídem, f. j. 5.e).

3. Por aplicación de la LRCT, se mantiene la definición restrictiva de huelga en el sector público (con abandono del centro de trabajo) y –como consecuencia de ello– la prohibición de las modalidades irregulares (art. 81 de la LRCT y art. 81 de la RLSC). Sin embargo, puede afirmarse que tales disposiciones (aplicables al sector público y al privado) no cumplen los estándares internacionales previstos por el CLS, por lo que deberían ser objeto de modificación, permitiendo como manifestación de la acción sindical las huelgas a ritmo lento o a reglamento, la huelga de brazos caídos y todas las compatibles con la definición extensiva de huelga.

4. De acuerdo al "criterio de interpretación conforme a la Constitución" y a lo dispuesto por el CLS expresamente para el Perú, debe entenderse que el requisito de la LRCT (art. 73) –aplicable al Sector Público y Privado– sobre la mayoría para declarar la huelga, se refiere a la mayoría de los servidores votantes en asamblea y no a la mayoría de los trabajadores del ámbito.

5. Existen razones para defender un margen de decisión del legislador sobre las huelgas de solidaridad en el sector público. Aquel podría excluirlas en atención a que no se vulnera el contenido esencial del derecho y los órganos de control de la OIT parecen otorgar dicho margen a los Estados Miembros.

6. Según lo señalado por el TC, no puede obligarse a los servidores opositores a plegarse a la medida de fuerza. Sin embargo, este criterio debe matizarse cuando la huelga es convocada por un sindicato y el opositor es un afiliado, ya que existe la voluntad previa de someterse a la decisión de la mayoría, como en todo vínculo asociativo; por lo tanto, al acatar la medida de fuerza sindical no puede decirse que el afiliado esté forzado jurídicamente.

7. Tras la LSC, existen 3 plazos distintos de preaviso de huelga (5, 10 y 15 días), pudiendo suceder que frente a un mismo tipo de actividad (servicios de salud por ejemplo), se deban cumplir plazos diferentes según se trate del Sector Privado o Público, lo que no parece razonable.

8. El "modelo de huelga contractual" acogido por la LSC –también por la LRCT– es válido según los estándares internacionales de la OIT, siempre que se permitan las huelgas mixtas ante políticas socioeconómicas que afecten a los trabajadores huelguistas.

9. La exclusión de las huelgas ante conflictos colectivos derivados de problemas de interpretación o aplicación de normas, propias de un "modelo de

huelga contractual" (art. 45.2 de la LSC y art. 47 de la LRCT), es válida de acuerdo a estándares internacionales de la OIT y la obligación del Estado de promover las formas de solución pacífica de conflictos laborales (art. 28 del CP).

10. Se puede afirmar que el esquirolaje externo está prohibido luego de realizar una interpretación sistemática y teleológica del artículo 45.2 de la LSC, a pesar de la redacción confusa este. Asimismo, la virtualidad del artículo 45.2 de la LSC radica en habilitar al Estado a convocar vacantes fuera de los periodos normales de contratación (en este caso, durante una huelga).

11. De acuerdo a la precisión del artículo 85 del RLSC, habrá trabajadores de nuevo ingreso durante la huelga, tanto si no se atienden los servicios mínimos, como si se atienden pero no "adecuadamente", es decir, sin la diligencia debida (con un evidente y voluntario bajo rendimiento).

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ARCE ORTIZ, E. "Límites internos y externos al derecho de huelga". En: *Boletín electrónico del Ministerio de Trabajo*. Nº 22, Lima, octubre de 2012 (Derecho de huelga), disponible en: <http://www.trabajo.gob.pe/boletin/boletin_22.html>.
- ARÉVALO VELA, J. "Las relaciones colectivas de trabajo en la Ley del Servicio Civil". En: AA.VV. *Homenaje Aniversario de la SPDTSS. Veinticinco años de las Bodas de Plata de la Sociedad*. SPDTSS, 2013.
- BOZA PRÓ, G. "La protección constitucional de la Libertad Sindical (Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en particular en la sentencia del 5 de enero de 2006". En: AA.VV. *Trabajo y Seguridad Social. Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez*. Grijley-SPDTSS, Lima, 2008.
- CASTILLO CÓRDOVA, L. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. 2ª ed., Palestra, Lima, 2005.
- CEARC. *Estudio General: Libertad Sindical y Negociación Colectiva*. 1ª ed., OIT, Ginebra, 1994.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, R. *Curso de Derecho Administrativo. I*. 15ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2011.
- MARTÍN VALVERDE, A. "El Estatuto del Empleado Público y la regulación de los conflictos colectivos de trabajo". En: Cabeza Pereiro, J. y Martín Girón, J. (Coord.). *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al profesor Gonzalo Diéguez*. Laborum-Universidad de Vigo, Murcia, 2008.
- MONTOYA MELGAR, A. "La huelga en España". En: Pasco Cosmópolis, M. (Coord.). *La huelga en Iberoamérica*. AELE, Lima, 1996.

- OIT. *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. 5ª ed. (revisada), OIT, Ginebra, 2006.
- PASCO COSMÓPOLIS, M. (Coord.). "La huelga en el Perú". En: *La huelga en Iberoamérica*. AELE, Lima, 1996.
- PLÁ RODRÍGUEZ, A. "La huelga en Uruguay". En: Pasco Cosmópolis, M. (Coord.). *La huelga en Iberoamérica*. AELE, Lima, 1996.
- SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I. *Derecho Sindical*. 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- UGAZ OLIVARES, M. "La huelga en el ordenamiento laboral peruano". En: AA.VV. *Homenaje Aniversario de la SPDTSS. Veinticinco años de las Bodas de Plata de la Sociedad*. SPDTSS, 2013.
- VILLAVICENCIO RÍOS, A. "Huelgas y servicios esenciales: alcances, estándares internacionales y nueva afectación (La educación básica regular)". En: AA.VV. *Trabajo y Seguridad Social. Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez*. Grijley-SPDTSS, Lima, 2008.
- *La libertad sindical en el Perú. Fundamentos, alcances y regulación*. 1ª ed., PLADES, 2010.

REDES SOCIALES, LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y FACULTAD DISCIPLINARIA DEL EMPLEADOR

Jaime Cuzquén Carnero

La comunicación, en la actualidad, se ha ampliado a diferentes formas y dentro de ellas las virtuales no tienen limitación alguna de forma, tiempo, lugar y medio. Las comunicaciones dentro del ámbito laboral no son la excepción, pues, en gran parte se realizan utilizando las redes sociales y no solo por parte de los trabajadores para realizar sus labores, sino también de parte de la empresa que utiliza dichos medios para informarse al momento de la contratación de personal, para hacerle seguimiento durante la relación laboral y hasta para sancionarlo disciplinariamente.

Por un tema de espacio, en este trabajo no analizaremos las dos primeras acciones de la empresa sino solo nos limitaremos al ejercicio de la facultad disciplinaria del empleador sustentada en la información que brinda el trabajador mediante las redes sociales.

I. MARCO JURÍDICO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DE LA FACULTAD DISCIPLINARIA DEL EMPLEADOR

Empezaremos con una pregunta básica para el análisis: ¿Tenemos en el ordenamiento jurídico peruano algún tipo de regulación sobre este tema? Sin duda, el ejercicio de la facultad disciplinaria se sustenta en el primer párrafo del artículo 9 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo Nº 003-97-TR:

> "Artículo 9.- Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y **sancionar disciplinariamente**, dentro de los **límites de la razonabilidad**, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador" (el resaltado es nuestro).

La razonabilidad implica que debe existir una actuación conforme a la razón y si bien se introduce un valor subjetivo como limitación a la facultad disciplinaria del empleador, lo cierto es que dicha subjetividad está relacionada a la necesidad de que se justifique la sanción con base en una razón objetiva de manera tal que exista una proporcionalidad entre la sanción impuesta y el hecho que se sanciona.

Para el Tribunal Constitucional, la excesiva intensidad de la sanción afecta el derecho al debido proceso que constitucionalmente protege al trabajador. En esa línea, considera que la ponderación al momento de definir la sanción a imponer debe tomar en cuenta aspectos como los hechos, la gravedad de la falta y los antecedentes del trabajador(1). Dicha limitación será apreciable solo en cada caso en concreto.

Ahora, cabe recordar que nuestra Constitución tiene una disposición esencial que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional ha servido de garantía para la protección de los derechos constitucionales de los trabajadores. Nos referimos al artículo 23 cuyo tercer párrafo es el que nos interesa para el presente análisis:

> "Artículo 23.- El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.
>
> El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo.

(1) STC del 18 de agosto de 2004 recaída en el Exp. Nº 1058-2004-AA/TC.

> **Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador**[(2)].
>
> Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento" (el resaltado es nuestro).

De la lectura de ambas disposiciones podemos sacar una primera conclusión general: El ejercicio de la facultad disciplinaria del empleador se sustenta en el solo hecho de que exista subordinación, por ende una relación laboral, pero está limitada a la razonabilidad y proporcionalidad de la medida y, en ningún caso, podría afectar derechos constitucionales del trabajador.

¿A qué derechos constitucionales se refiere tal artículo?

Nuestra Constitución establece expresamente la protección de algunos derechos laborales dentro del Capítulo II sobre Derechos Sociales y Económicos. Así, pues, se menciona:

- Derecho a la seguridad social (art. 10).
- Derecho al trabajo (art. 22).
- Derecho a remuneración equitativa y suficiente (art. 24).
- Derecho a jornada máxima (art. 25).
- Derecho a la adecuada protección contra el despido arbitrario (art. 27).
- Derecho a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga (art. 28).
- Derecho a participar en las utilidades (art. 29).

Es evidente que los derechos antes mencionados están expresamente contenidos en el ámbito de protección del artículo 23, sin embargo, tal como señala

(2) El TC en la sentencia del 11 de julio de 2002, recaída en el Expediente Nº 1124-2001-AA/TC, ha precisado en su sétimo fundamento: "(…) es a partir de esta premisa impuesta por la Constitución que debe abordarse toda controversia surgida en las relaciones jurídicas entre empleador y trabajador, en todo momento: al inicio, durante y al concluir el vínculo laboral (…)".

Sagardoy[3] existen otros derechos laborales inespecíficos, distintos a los antes mencionados, que protegen al trabajador-ciudadano. Es decir, se trata de derechos laborales en razón del sujeto (trabajador) y en razón de la naturaleza de la relación jurídica inmersa (relación laboral). Dentro de dichos derechos laborales inespecíficos está el derecho a la libertad de expresión sobre el cual nos pronunciaremos en este trabajo y que se encuentra recogido expresamente en el inciso 4 del artículo 2 de nuestra principal norma:

> "Artículo 2.- Toda persona tiene derecho a:
>
> (…)
>
> 4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley (…)".

Existe desarrollo del contenido del derecho a la libertad de expresión a nivel de nuestro Tribunal Constitucional. Así, pues, dicho órgano ha precisado, haciendo una distinción oportuna para este trabajo, entre libertad de información y libertad de expresión:

> "Mientras que la libertad de expresión garantiza que las personas (individual o colectivamente consideradas) puedan trasmitir y difundir libremente sus ideas, pensamientos, juicios de valor u opiniones, la libertad de información, en cambio, garantiza un complejo haz de libertades, que, conforme enuncia el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, comprende las libertades de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole verazmente.
>
> Así, mientras que con la libertad de expresión se garantiza la difusión del pensamiento, la opinión o los juicios de valor que cualquier persona pueda emitir, la libertad de información garantiza el acceso, la búsqueda y la difusión de hechos noticiosos o, en otros términos, la información veraz. Por su propia naturaleza, los juicios de valor, las opiniones, los pensamientos o las ideas que cada persona pueda tener son de naturaleza estrictamente subjetivas y, por tanto, no

(3) SAGARDOY BENGOECHEA, Juan A. *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*. Editorial Aranzadi-Thomson - Civitas, Cuaderno Civitas, 2005.

> pueden ser sometidos a un test de veracidad; a diferencia de lo que sucede con los hechos noticiosos, que, por su misma naturaleza de datos objetivos y contrastables, sí lo pueden ser"[4].

A juicio del Tribunal Constitucional, la libertad de expresión es la garantía que tiene todo ciudadano para transmitir sus ideas u opiniones en general, por cualquier medio o forma, pues la Constitución no la restringe, sin que ello implique, necesariamente, que lo difundido sea veraz en la medida que lo que se piensa y transmite está impregnado de subjetividad.

De lo anterior se desprende que sin duda se ejerce la libertad de expresión por medio de las redes sociales y el internet[5] en general, y sin duda el ejercicio de esa libertad, que no es irrestricta como luego veremos, no necesariamente supone que todo lo que se ventila por dichos medios sea cierto pues, en la medida que se trata de opiniones, estas no pueden ser calificadas como verdades o falsedades sino como simples expresiones del ejercicio de un derecho.

Ahora, lo cierto es que todas estas formas de comunicación que existen en el internet han generado una transformación en la interrelación entre las personas que viven en una "comunidad virtual" donde el emisor de la opinión puede estar en cualquier parte, en cualquier momento y no necesariamente es quien dice que es, o es un anónimo total. Todas estas últimas variables son las que generan que el control o límite al derecho sea difícil y que, por ende, se puedan afectar derechos constitucionales de otros.

Oscar Montezuma[6] lo explica bien cuando al analizar el texto constitucional sostiene:

> "1. tenemos derecho a opinar y expresar nuestras ideas independientemente de cual sea el medio (p.e. físico o digital) o dispositivo (p.e. smartphone, computador personal, laptop) a través del cual lo hagamos.
>
> 2. no se permite la censura previa".

---

(4) STC del 14 de agosto de 2002, recaída en el Exp. Nº 0905-2001-AA/TC.

(5) Las Relatorías de la Libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos ha emitido una Declaración Conjunta acerca de internet: "La libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación. Las restricciones a la libertad de expresión en Internet solo resultan aceptables cuando cumplen con los estándares internacionales que disponen, entre otras cosas, que deberán estar previstas por la ley y perseguir una finalidad legítima reconocida por el derecho internacional y ser necesarias para alcanzar dicha finalidad (la prueba 'tripartita')".

(6) Guía legal del internauta peruano. Parte I: Libertad de Expresión. En: <http://utero.pe/2014/05/09/guia-legal-del-internauta-peruano-parte-i-libertad-de-expresion/>.

En esa línea, prosigue el análisis Montezuma, preguntándose si acaso ello implica que puedo publicar lo que quiera en internet. Y precisa que la respuesta es no, pues el derecho de libertad de expresión tiene sus límites fijados en la ley, por ejemplo:

> "la injuria u ofensa a otras personas.
>
> la difusión de noticias o hechos falsos que afecten la reputación de una persona (técnicamente denominada 'difamación').
>
> la falsa atribución de un delito a una persona (técnicamente denominada'calumnia').
>
> La discriminación *on-line* también se encuentra regulada como delito informático (...)".

Es ante el conflicto entre libertad de expresión y otro derecho constitucional cuando surge la casuística sobre la que el ordenamiento jurídico debe pronunciarse. En el Perú, como inclusive en muchos otros países con mayor grado de desarrollo, el marco jurídico actual es insuficiente para proteger a los derechos afectados por el irregular ejercicio del derecho a la libertad de expresión y, por consiguiente, el sistema de garantía que debe promoverse en estos casos es el de la ponderación de los derechos en conflicto.

II. EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DENTRO DE LA RELACIÓN LABORAL

El trabajador, quien presta un servicio subordinado, es sujeto del ejercicio de todos sus derechos fundamentales, incluyendo la libertad de expresión garantizada constitucionalmente. Sobre la base de esa garantía, todo trabajador puede difundir sus ideas, pensamientos y opiniones sin censura previa, por cualquier vía y medio, físico o virtual, lo que implica la posibilidad de publicar el contenido que decida respecto de su esfera propia o de la derivada de su relación con terceros, como es el caso de su empleador.

Es por ello que la publicación de ese contenido responde a la voluntad de elección del trabajador sobre lo que difunde. Así, en principio el trabajador es absolutamente libre de comunicar bien sea en un lugar público, en una ambiente privado, en el trabajo, en su domicilio o vía las redes sociales sus ideas u opiniones.

De otro lado, en el marco de la libertad que tiene como ciudadano, el trabajador también es libre para elegir dónde trabajar y para elegir si, por lo tanto, se obliga a estar subordinado a un tercero empleador que controlará, dirigirá y hasta sancionará sus actividades.

La forma en que el trabajador ejerce su libertad de expresión dentro de la relación laboral es de la más variada y, sin duda, está implícita en su naturaleza de ser humano que vive integrado a una comunidad que en materia de las relaciones laborales tiene como contrapartes a otros trabajadores y, dentro de ellos, al personal de dirección y de confianza que ejercen cargos que por su naturaleza están más cerca de la toma de decisiones y, por lo tanto, del concepto abstracto de empleador.

Formas habituales de ejercer libertad de expresión dentro del .ámbito laboral se pueden presentar en reuniones presenciales, en sesiones de capacitación, en los procesos de evaluación, en reuniones sociales organizadas por la empresa, en reuniones sociales organizadas por trabajadores, en el ejercicio de la libertad sindical, etc., y, sin duda, en las redes sociales, aun cuando su uso se realice fuera de la jornada de trabajo o fuera de las instalaciones de la empresa, o aun cuando estemos ante personal no sujeto a fiscalización inmediata de acuerdo al concepto de nuestra legislación. Evidentemente, con mayor razón si es dentro de la jornada y dentro del centro de trabajo o de operaciones de la empresa.

En todos esos supuestos, la libertad de expresión del trabajador que implique difundir una idea o pensamiento respecto a su empleador tiene una implicancia en el mundo de las relaciones laborales. No es que necesariamente implique una afectación a un derecho del empleador pero sí tiene un impacto positivo, negativo o neutro, en el marco de su relación laboral. Y es que el trabajador no deja de tener esa calidad cuando cuelga su uniforme de trabajo antes de salir de la planta o cuando marca su salida en el registro de control de asistencia y salida implementado por la empresa.

La relación laboral es continua en el tiempo. Tiene suspensiones por motivos de jornada diaria, descanso semanal y en días feriados, descanso vacacional, entre otros, pero la naturaleza de trabajador no acaba con el término de la jornada diaria ni con el inicio de las vacaciones. Lo que sucede es que cuando se suspende la relación laboral, por el motivo que sea, se suspende la obligación de trabajo efectivo que es la principal obligación de todo trabajador pero subsisten otras obligaciones derivadas de su contrato de trabajo tales como confidencialidad, no competencia, buena fe laboral, entre otras que le son propias por ser trabajador sujeto libremente a subordinación, aunque parezca contradictorio, y que lo hacen distinto a cualquier otro ciudadano respecto a su empleador.

Bajo esta línea de análisis y con prescindencia de la propiedad de los medios por los que el trabajador expresa su opinión o si este se encuentra dentro o fuera de la jornada o con relación laboral suspendida, lo medular del análisis es determinar si es posible sancionar disciplinariamente a un trabajador por afectar un derecho del empleador mediante el ejercicio de su libertad de expresión por medio de las redes sociales.

Lo que es innegable es que las redes sociales han entrado a la vida y al día a día de las personas en todo el mundo y esa es una situación irreversible. Hoy las redes sociales "son utilizadas mayoritariamente por usuarios como parte de actividades de recreación, que le permiten a la persona en el fondo, la formación y sostenimiento de relaciones de cualquier naturaleza con sus semejantes, de forma sorprendentemente exitosa. El trabajador, como ser humano, no deja de lado el uso de estos espacios virtuales"[7].

Es en esta esfera donde la casuística es la regla, pues regulación expresa no existe.

Aquí surgen algunas interrogantes que es importante absolver para acercarnos a una respuesta al tema en cuestión:

1. ¿Puede el empleador regular el uso de las redes sociales a través de los medios informáticos que proporciona o que son de su propiedad?

El uso de medios informáticos que el empleador proporciona efectivamente pueden ser regulados sobre la base de las siguientes premisas: i) que la propiedad es del empleador y, ii) que el trabajador conocía previamente de la posibilidad expresa que el empleador supervise el uso adecuado del medio informático; y iii) no se afecte derechos fundamentales del trabajador.

El Tribunal Constitucional ha precisado[8]:

> "(…) queda claro que aunque una empresa o entidad puede otorgar a sus trabajadores facilidades técnicas o informáticas a efectos de desempeñar sus funciones en forma idónea y acorde con los objetivos laborales que se persigue, no es menos cierto que cuando tales facilidades suponen instrumentos de comunicación y reserva

(7) CARRO HDEZ., Mª del Rocio y ESPINOZA C., Gabriel. "Equilibrio entre la privacidad del trabajador y poderes empresariales". En: *Revista Judicial*. Nº 108, Costa Rica, junio de 2013.

(8) STC del 18/08/2004 recaída en el Exp.Nº 1058-2004-AA/TC.

> documental no puede asumirse que las mismas carezcan de determinados elementos de autodeterminación personal, pues sabido es que en tales supuestos se trata del reconocimiento de condiciones laborales referidas a derechos fundamentales que, como tales, deben respetar las limitaciones y garantías previstas por la Constitución Política del Estado".

En consecuencia, si el empleador proporciona el uso de internet y/o del instrumento informático (laptop, PC, smartphone, tableta, etc.), como regla general podría regular su uso comunicando previamente una política al trabajador en la que:

- Limite o restrinja el uso de redes sociales aún fuera de la jornada de trabajo.
- Prohíba o restrinja el uso de redes sociales durante la jornada de trabajo.
- Prohíba o restrinja las comunicaciones para efectos laborales por medio de las redes sociales.

Precisábamos que lo anterior era una regla general pues, en efecto, el uso de internet en algunas circunstancias podría ser considerado como el medio de comunicación idóneo cuando el trabajador se encuentra en zonas remotas o alejadas de su domicilio habitual, como es el caso, de unidades mineras, plataformas petroleras, entre otras en las que el alejamiento del trabajador le obliga a estar en comunicación con su familia. Esas circunstancias de excepción podrían generar matices a las posibilidades de restricción absoluta para preferir un uso restringido o no en exceso.

Lo que en ningún supuesto se podría prohibir o limitar es la libertad de expresión en sí, no obstante que la propiedad de los instrumentos o medios proporcionados recaiga en la empresa. Evidentemente la afectación de un derecho fundamental en ningún supuesto podrá permitirse no obstante la existencia de una relación laboral. Es decir, aun cuando estando prohibido su uso, un trabajador utilice una red social para opinar, sea cual fuere el sentido de su opinión, no podría sancionarse a dicho trabajador por difundir su opinión sino porque incumplió una obligación referida al no uso de las redes sociales a través de instrumentos proporcionados por la empresa. Si ese uso se realizara durante la jornada, se sancionaría, además, la falta de trabajo efectivo.

Es importante precisar que a la fecha existe una iniciativa de ley en el Congreso de la República, con el Nº 3329/2013-CR[9], Ley de uso de medios informáticos en el centro de trabajo, que desarrolla el sentido antes expuesto estableciendo que la supervisión del empleador respecto a los medios informáticos que este proporciona, incluyendo internet y redes sociales, debe realizarse sobre la base de la existencia previa de políticas conocidas por el trabajador de manera que de esta forma se garanticen los derechos fundamentales del trabajador que podrían entrar en conflicto con esa facultad fiscalizadora de la empresa.

2. ¿Puede el empleador supervisar el uso adecuado de las redes sociales?

En la medida que se haya regulado el uso de las mismas conforme a las alternativas planteadas en la respuesta anterior, sí es posible la supervisión para verificar si se han usado o no las redes sociales y en función de ello sancionar el incumplimiento. Evidentemente, la revisión no puede implicar entrar al contenido del mensaje, pues se estaría afectando el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones del trabajador. Bastará que el empleador aprecie si se usaron o no la redes sociales cuando estaba prohibido o restringido su uso.

Lo anterior no limita la posibilidad de que, existiendo una política previamente conocida por el trabajador, la facultad del empleador se extienda a verificar el contenido si de por medio no solo está en cuestión el uso prohibido o restringido de las redes sociales sino también el uso de las mismas que violente deberes de confidencialidad, no competencia, entre otros que podrían ser objeto de sanción disciplinaria. En dichos supuestos si bien la revisión del contenido puede realizarse como parte del proceso de investigación, lo cierto es que debería ser una medida de última instancia o residual debido a la situación de conflicto que se generaría con el derecho a la intimidad o al secreto de las comunicaciones que podrían ser alegados por el trabajador.

3. Independientemente de quién sea el propietario de los instrumentos informáticos y de si estos se usan dentro o fuera de la jornada, ¿se puede prohibir que en las redes sociales los trabajadores no se refieran a la empresa, a su negocio o a sus trabajadores de manera general o específica?

La pregunta apunta a identificar, si existiese, algún límite entre la libertad de expresión del trabajador y el interés de la empresa de evitar que aspectos propios de ella, de su actividad o de sus trabajadores sea revelado.

(9) En: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/0/95d7addf4df0703a05257cad0078751d/$FILE/PL03329010414.pdf>.

En este escenario la línea límite es muy delgada. Lo que no puede hacer el trabajador, bajo el marco protector de su libertad de expresión, es divulgar información confidencial o reservada ni afectar derecho a la imagen o al honor de la empresa y/o de cualquiera de sus trabajadores. Por lo tanto, es esto último lo que se puede prohibir expresamente y, aun cuando no lo esté expresamente, igual son conductas prohibidas en la medida que afectan la buena fe contractual y deberes esenciales que todo trabajador debe cumplir por el hecho de haber aceptado libremente estar subordinado. La buena fe contractual se convierte de esta manera en un límite a la libertad de expresión de todo trabajador, situación que lo hace a este último distinto a cualquier otro ciudadano que opine lo mismo sobre el empleador.

Prohibir que el trabajador emita una opinión o realice un comentario sería violatorio a la libertad de expresión y, por lo tanto, no amparable por el ordenamiento jurídico aun cuando los instrumentos informáticos por medio de los cuales se accede a las redes sociales sean de propiedad de la empresa o sean proporcionados por esta. En todo caso, la libertad de expresión del trabajador en ningún caso justifica la violación de derechos de la empresa pues, en ese escenario es donde los deberes esenciales que tiene todo trabajador, y que se sustentan en el respeto a su contraparte en la relación laboral, se convierten en una limitación a su libre derecho de expresarse.

Iluminada R. Feria Basilio[10], al analizar jurisprudencia española en la que se desarrolla el conflicto que genera la libertad de expresión en colisión con otros derechos fundamentales, precisa que:

> "(…) la jurisprudencia sobre la libertad de expresión se ha guiado, al igual que ha ocurrido con el resto de derechos fundamentales, por el juicio de proporcionalidad. Actualmente, conllevaría la ponderación de elementos como el carácter público/privado de la empresa, la privacidad o repercusión pública de los comentarios, la configuración de la empresa como productora o como empleadora, el estatus del emisor como trabajador, afiliado, representante, directivo o cargo de confianza, y la vía de comunicación espontánea/reflexiva o interna/externa empleada".

Lo determinante en este punto del análisis es identificar cómo el empleador podría llegar a concluir que el ejercicio de la libertad de expresión le afecta a sus

(10) FERIA BASILIO, Iluminada R. *Libertad de expresión del trabajador en las redes sociales*. Ponencia presentada en el X Congreso Europeo del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Sevilla, España.

derechos. Lo que resulta claro es que solo con la posibilidad de acceder al contenido de la red social en donde el trabajador se ha pronunciado emitiendo opinión, será posible alcanzar la conclusión anterior.

Siendo ello así lo que estaría en juego ya no solo es la libertad de expresión sino el conflicto con otros derechos fundamentales del trabajador como es su derecho a la intimidad, a la honra, a la reputación, a la vida privada y a honor, derechos que, por cierto, también podría ver afectados el empleador si mediante las redes sociales el trabajador opina en determinado sentido.

El trabajador podría sentir afectada su intimidad si el empleador, ejerciendo su facultad de supervisión, accede a la red social para verificar si existe, en la opinión vertida por el trabajador, alguna afectación de sus derechos. En el caso del empleador la afectación a sus derechos se podría hacer evidente con los mismos comentarios u opiniones difundidas por las redes sociales en general.

Cabe tener en cuenta que al referirnos a "redes sociales" no implica que estemos ante formas de comunicación con reglas estándares. Por el contrario, cada una de ellas tiene sus propias políticas de privacidad, de perfil, de contactar, etc. Por ello, que el empleador pueda acceder al contenido de una red social podría significar:

- Que este o quien lo represente es un contacto aceptado por el trabajador en dicha red y, por lo tanto, accede a los comentarios de este.

- Que no obstante no sea contacto aceptado del trabajador, sea un tercero el que le proporcione el comentario u opinión del trabajador que afecte los derechos del empleador. En este supuesto, pueden presentarse dos alternativas:

    - Que el comentario del trabajador se haya ventilado en una conversación "no pública", es decir, resguardada por filtros de seguridad que la propia red social haya implementado.

    - Que el comentario se haya hecho público a todos los contactos del trabajador o a un grupo de ellos.

Como bien menciona la Dra. Mª del Rocio Carro Hdez y Lic. Gabriel Espinoza C.[(11)]:

(11) CARRO HDEZ, Mª del Rocio y ESPINOZA C., Gabriel. Ob. cit.

> "(…) si bien es cierto, muchas de las redes sociales tienen niveles de privacidad, permitiendo a sus usuarios controlar quién puede o no leer lo que se publica en ellas, también estas redes contienen en sus formatos, aplicaciones que permiten la comunicación entre usuarios de manera absolutamente privada. Esto quiere decir que, dentro de las comunicaciones que pueden realizarse, el usuario puede escoger, entre que el mensaje sea observado por la totalidad de sus 'amigos' virtuales, o que el mensaje sea leído solo por una o varias personas determinadas que no estén relacionadas del todo con su ambiente laboral.
>
> Si el Derecho a la Intimidad tiene como pilar fundamental el deseo de que la información de esa persona no sea divulgada, en el momento en que la misma es publicada para que un cierto número de personas la vean, se está renunciando de hecho a este Derecho, y las consecuencias legales de tales manifestaciones pueden ser negativas para su remitente.
>
> Ahora bien, cabe señalar que desde nuestro punto de vista, considerando que al realizar manifestaciones o 'publicaciones' en una red social, estas tienen un carácter de cierta publicidad, lo ahí exteriorizado o publicado no puede verse cobijado por el Derecho a la Intimidad y podría estar sujeto a sanciones disciplinarias, pero se coincide con Núñez Aboitiz[12] cuando indica que si el trabajador opta por dotar de la máxima privacidad a las informaciones contenidas en su perfil de la red social sería posible discutir el acceso de la empresa, ya que estas serían únicamente accesibles por el trabajador".

Casuística ventilada a nivel comparado es citada y comentada por Sulmer Paola Ramírez Colina[13], a partir de dos casos en los que las redes sociales sirvieron de instrumento por medio de los cuales los trabajadores expresaron comentarios sobre sus respectivos empleadores:

> "Sobre la privacidad de los comentarios de un trabajador en Facebook se pronunció en Canadá la Junta de Relaciones Laborales de la Columbia Británica, en el caso Lougheed Imports Ltd. (West

(12) NÚÑEZ ABOITIZ, V. "Uso extralaboral de Nuevas Tecnologías de Internet: efectos sobre la relación laboral". En: *Revista Relaciones Laborales*. Nº 13, Sección Doctrina, julio de 2012.

(13) RAMÍREZ COLINA, Sulmer Paola. "La libertad de expresión del trabajador en Facebook y el poder disciplinario del empleador". En: *Revista IUS*. Vol. 7, Nº 31, Puebla, ene/jun de 2013.

> Coast Mazda) v. United Food and Commercial Workers International Union, 37 donde la empresa decidió despedir a dos de sus empleados por diversos comentarios insultantes, agresivos y ofensivos en sus páginas de Facebook, situación por la cual su sindicato planteó una queja ante la Junta antes mencionada. Parte de las argumentaciones esgrimidas por la parte trabajadora fue la de la violación a la privacidad de los empleados, debido a la naturaleza íntima que para ellos tenía Facebook. Como parte del razonamiento expuesto en la decisión final, la junta determinó:
>
> Los comentarios formulados por los reclamantes en Facebook fueron los comentarios perjudiciales sobre el negocio del Empleador (...) Estos comentarios fueron hechos para Facebook a casi 100 o 377 personas, incluyendo empleados. Me parece, con base en los hechos y el análisis en Leduc v. Romana, que los reclamantes no podían tener una expectativa seria de privacidad cuando publicaron comentarios en sus sitios Web de Facebook y, por lo tanto, los comentarios son perjudiciales para el negocio del empleador".

En este caso existen dos aspectos relevantes que incidieron en la decisión del órgano competente, uno objetivo y otro subjetivo:

- El objetivo es que el comentario ofensivo no fue realizado resguardándose la privacidad del mismo en la medida que se difundió a un universo de al menos 100 personas, incluyendo trabajadores de la empresa.

  Sobre este punto consideramos irrelevante el hecho de que el universo de receptores sea decenas o centenas. En realidad bastaría que el comentario se haya enviado a una sola persona y que el mismo no haya sido remitido dentro de una esfera privada para que potencialmente pueda ser conocido por un universo ilimitado. Además, consideramos que también es irrelevante que dentro de los receptores se encuentren trabajadores pues, al final, cualquier tercero podría advertir la afectación del derecho a la empresa y poner en conocimiento de dicha afectación a la misma.

- El subjetivo es que se afectó el negocio de la empresa. Este aspecto requiere de una carga probatoria intensa pues en el fondo lo que debería estar acreditado o estar en posibilidad de acreditarse es que efectivamente hubo un daño medido por nivel de decrecimiento de

ventas, quejas de consumidores, sanciones de proveedores, etc, carga probatoria que evidentemente la debe asumir el empleador tratándose de la imputación de una conducta que podría, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, considerarse como falta grave. Nos referimos al faltamiento de palabra escrita considerado como una falta grave por conducta del trabajador, cuando los hechos se deriven directamente de la relación laboral. Dicha falta está contenida en el literal f) del artículo 25 del Decreto Supremo Nº 003-97-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

El otro caso es el siguiente:

> "En España, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, en sentencia 3636/2007 del 26 de mayo de 2007, al analizar la procedencia de despido por comentarios de un trabajador en su blog, señaló:
>
> > 'Estamos de acuerdo con los argumentos de la empresa recurrente de que la utilización de un medio accesible y abierto como es el blog, al que puede acceder cualquier persona ajena, implica la voluntad de difundir o publicar su contenido por parte de quien lo promueve o utiliza. La Web-blog no va dirigida a ninguna persona en concreto y conlleva que cualquier persona tenga acceso, porque es un espacio abierto, de manera que se renuncia a la privacidad de su contenido'.
>
> El fundamento de la referida sentencia del Tribunal Superior se puede igualmente aplicar a los contenidos publicados en Facebook que sean de acceso al público, e inclusive, según lo señalado por Relaciones Laborales de la Columbia Británica en el caso citado, la idea de privacidad deberá atender al número de personas que tuvo a su disposición lo publicado por el trabajador, independientemente que el acceso a dichos contenidos sea abierto al público o solo a los amigos.
>
> De lo anteriormente expuesto, en aras de salvaguardar el derecho a la intimidad del trabajador sin menoscabar el poder de dirección y control del patrono, se desprende la necesidad de notificar previamente al trabajador sobre las normas de uso de los equipos telemáticos

durante la jornada de trabajo, detallando de la forma más precisa el alcance del poder de supervisión del patrono, siendo conveniente indicar si el mismo abarca el contenido de lo publicado en las redes sociales y demás sitios de Internet (…), o si por el contrario solo se limitará al uso de los equipos telemáticos sin incluir la información, datos, opiniones, en fin, contenidos enviados, recibidos, visitados o publicados por el trabajador".

En este caso concreto podemos realizar algunos comentarios:

- El órgano competente analiza el caso en función del conocimiento de los niveles de privacidad que tiene un blog, a diferencia de Facebook, lo cual es relevante en cada caso pues, como antes hemos indicado, cada red social tiene sus propias políticas y en el caso concreto el conocimiento de las mismas es vital para resolver el conflicto. En ese sentido, el órgano que resuelve analizando el blog, concluye que el uso de mismo genera un espacio abierto de información que cualquier puede recibir pues no habría tenido restricción de privacidad alguna.

- El otro elemento que introduce el órgano es el referido a la voluntad o hasta intencionalidad de difundir, en este caso el comentario agraviante, en la medida que el instrumento utilizado (blog) no tiene ninguna restricción para que un universo limitado tenga acceso. Por ello es que la autora citada, compara este caso con aquel de supuesto de difusión de un comentario por Facebook que no tenga limitación de privacidad, es decir, que sea abierto al público en general.

III. REGULACIÓN DEL USO DE LAS REDES SOCIALES AL INTERIOR DE LA EMPRESA

Considerando la inexistente regulación dentro de nuestro ordenamiento jurídico, las alternativas que tiene todo empleador van desde la opción bilateral, es decir, de contractualizar el uso de las redes sociales mediante convenios colectivos o contratos individuales de trabajo, o la opción unilateral que tiene su materialización en políticas y/o códigos de conducta implementados al interior de las organizaciones.

No cabe duda de que será el principio de buena fe laboral el paraguas de cualquier tipo de regulación que se adopte. Ello sustentado en la voluntariedad

de contratar del trabajador sometiéndose a determinadas reglas de conducta que la ley y el empleador puede imponer, y a un deber esencial de respeto por su contraparte contractual.

Ahora siendo conscientes de que dicho principio se convierte en una limitación a un derecho fundamental, como es la libertad de expresión, lo más aconsejable es que la regulación devenga del acuerdo de las partes, es decir, que sea colectiva o individualmente acordado el uso responsable de las redes sociales. La etapa precontractual o de postulación, o finalmente el inicio de la relación laboral debería ser el mejor momento para proponer a postulante o trabajador, según sea el caso, un esquema de contratación que contenga regulación restrictiva del uso de las redes sociales.

En todo caso, sí somos conscientes, como lo precisa Iluminada R. Feria Basilio[14], del riesgo que para la libertad de expresión de los trabajadores supone la expansión del principio de buena fe laboral en este posible conflicto:

> "Dados el gran alcance de la actividad social en red y la falsa sensación de privacidad, nos enfrentamos a una amenaza expansionista del principio de buena fe, que puede condicionar en mayor medida la libertad de expresión de los trabajadores. Como vía para evitar conflictos, se fomenta cuanto menos la publicación de políticas de empresas en las que se marquen las reglas a observar por quienes, estando en relación conocida con una empresa, interactúen en las redes sociales, así como las reglas básicas para mantener en compartimentos estancos los intereses corporativos y los personales. Por su parte, se aconseja a los trabajadores un ejercicio responsable de su libertad, moderando sus actuaciones y eliminando en sus manifestaciones privadas cualquier identificación de la empresa para la que trabaja. En cualquier caso, habremos de esperar los primeros pronunciamientos judiciales para conocer la ponderación de elementos tradicionales y novedosos, caracterizados siempre por su mayor impacto, y para conocer el definitivo valor que las empresas confieren a los datos y opiniones colgados en redes sociales por sus trabajadores".

(14) FERIA BASILIO, Iluminada R. Ob. cit.

En todo caso, volviendo al ordenamiento jurídico peruano, la inclusión del precepto constitucional: "Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador", es la mejor garantía para evitar excesos en la regulación al interior de las empresas. La necesidad de regular sobre los límites de la buena fe laboral ante la expansión de las formas virtuales de comunicación, se convierte cada vez más importante, pues lo que está fuera de discusión, es que otras formas de comunicación virtual se irán creando con límites ni siquiera sospechados en la actualidad. Si a ello se suma el progresivo mayor valor del intangible de cada empresa, tenemos que no solo es necesaria una regulación para evitar afectación a derechos fundamentales de los trabajadores sino para garantizar el valor de las organizaciones empresariales como pilar de una economía de mercado.

LA FLEXIBILIDAD DEL TIEMPO DE TRABAJO COMO INSTRUMENTO DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL: LA REDUCCIÓN DE JORNADA POR CUIDADO DE FAMILIARES

Javier H. Espinoza Escobar[1]

I. PLANTEAMIENTO INICIAL Y ESTADO DE LA CUESTIÓN

Familia y trabajo ¿son términos compatibles? Esta es la pregunta que se formulan los ordenamientos laborales modernos y que nos servirá de portal de entrada a las reflexiones que se siguen en este ensayo. Ciertamente habría que decir que los poderes públicos en general, y el legislador en particular, saben la respuesta: rotundamente sí, son compatibles, al menos así debería ser. Pero para ello se deben arbitrar medidas, fundamentalmente desde el ordenamiento laboral, que traten de hacer efectiva esa compatibilidad o, utilizando la terminología al uso, la conciliación de la vida familiar y laboral[2]. Vaya por delante que alcanzar el escenario ideal de equilibrio armónico entre familia y trabajo no es tarea fácil y queda mucho por hacer.

---

(1) Profesor Ordinario de Derecho del Trabajo de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Doctorando en Universidad Rey Juan Carlos. Máster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social a través de la Jurisprudencia por la Universidad Rey Juan Carlos. Máster en Derecho con mención en Derecho de la Empresa por la Universidad de Piura.

(2) Cfr. ARGÜELLES BLANCO, A.R. *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 13; sobre la creciente sensibilidad que impregna los distintos ordenamientos jurídicos sobre la importante función que la vida familiar cumple en el desarrollo de la personalidad del trabajador.

Sin ánimo exhaustivo, a continuación se apuntan algunas ideas que acompañan, aunque sea con carácter mínimo por razones de limitación de espacio, la cuestión formulada; lejos de zanjar la polémica pretenden incitar el debate abierto, flexible y constructivo.

La realidad de muchos años generó ciertos estereotipos en los que la función de producción se asignaba al varón, mientras que la mujer, además de asumir la función biológica de la reproducción, aceptaba como propias las responsabilidades familiares y se ocupa en exclusiva del cuidado y atención del hogar. El reparto de tareas no generaba mayores problemas de compatibilización de familia y trabajo y la regulación del trabajo productivo no necesitaba prever medidas de conciliación más que de una forma totalmente marginal, y teniendo como destinatarias casi exclusivamente a las mujeres que, además de asumir en solitario su rol de cuidadoras domésticas, se incorporaban muchas veces a un mercado laboral secundario, con un empleo precario(3) o, a lo sumo, por cuenta propia en economías casi de supervivencia.

La incorporación de la mujer al mundo del trabajo es uno de los acontecimientos más importantes del siglo XX y ha motivado uno de los cambios sociales más profundos del siglo pasado. El Perú no es una excepción, y a partir de la segunda mitad del siglo XX se ha producido la paulatina y creciente incorporación de la mujer en el mundo del trabajo. Pero esta incorporación no ha ido acompañada de una respuesta certera y efectiva ni de la sociedad o el Estado, ni de los empresarios, ni de los propios trabajadores organizados por lo que se hace imperativo insistir en la necesidad de implementar medidas de conciliación de la vida familiar y laboral.

Tal como informa el Ministerio de Trabajo(4), en el Perú, la población femenina todavía sigue enfrentando menores oportunidades en los aspectos educativos, sociales y económicos; las desventajas de la población femenina no solo tienen que ver con los menores ingresos que perciben y el menor acceso al mercado laboral, sino también con la precariedad de sus empleos, su participación en empleos de baja productividad que les reporta reducidos salarios (sea que trabajen

(3) FERNÁNDEZ PRIETO, M. "Conciliación, corresponsabilidad y empleo: adaptación y distribución de la jornada de trabajo", comunicación al X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Sevilla, 21-23 septiembre 2011. Ubicado el 13/VIII/2014 a 23:11 horas, en <http://www.tsj.gov.ve/informacion/miscelaneas/congresoeuropeo/01%20Primera%20ponencia/139%20FERNANDEZ%20PRIETO.pdf>.

(4) MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. "Informe anual 2012: La mujer en el mercado laboral peruano". Ubicado el 14/VII/2014 a 14:25 horas en <http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/DISEL/2012/INFORMES/informe_anual_mujer_mercado_laboral_2012.pdf>.

de forma dependiente o independiente) a lo cual se suma, el gran porcentaje de mujeres que se encuentran participando en el mercado laboral como trabajadoras familiares no remuneradas.

En el Documento de Trabajo: Propuesta de Plan Nacional de Fortalecimiento de las Familias 2013-2021[5], se deja en evidencia que a pesar de la masiva incorporación de las mujeres al mercado laboral se sigue manteniendo la clásica división social en el ámbito público y privado, correspondiéndole al varón el primero y a la mujer, el segundo. Ello implica, como es obvio, que en el hogar continúa siendo la mujer la principal –y en muchos casos, la única– responsable del cuidado del hogar, de los hijos y demás dependientes. Y, lo que es más importante a los efectos que ahora interesan, son las mujeres quienes, en la disyuntiva entre la vida familiar y laboral, optan –o se ven obligadas- a renunciar a su proyección profesional, en un marco jurídico-laboral que hasta el momento toma al trabajador varón como paradigma y, por ende, penaliza la maternidad y las responsabilidades familiares.

De esta forma, la *conciliación* de la vida familiar y laboral, además de la fundamental función de protección a la familia, se entronca con las políticas antidiscriminatorias por razón de sexo, basada en un estereotipo de roles mantenidos por varón y mujer, y que mal acompasa con el ideal de corresponsabilidad de ambos sexos en la asunción de las responsabilidades familiares[6].

El Perú no ha contado con una política familiar integral, real, participativa y eficaz. Se echa en falta un conocimiento certero de la realidad laboral peruana pero con un enfoque familiar de tal forma que se permita la construcción de políticas familiares de conciliación de la vida familiar y laboral aplicables a todas las realidades familiares peruanas y en el variopinto y diverso territorio nacional. Esta ausencia de información, se complica aún más por el hecho de la informalidad en la que la gran mayoría de las personas en edad de trabajar prestan sus servicios.

Acometer esta tarea se torna en la actualidad en una cuestión urgente. El Perú ha suscrito diversos tratados internacionales que lo obligan a dotar de protección

(5) Cfr. MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES. Propuesta Plan Nacional de Fortalecimiento a las Familias 2013-2021. Documento de Trabajo, p. 45. Ubicado el 10/VII/2014 a 15:33 horas, en <http://www.mimp.gob.pe/files/planes/plan-nacional-fortalecimiento-familias-2013-2021.pdf>.

(6) En este sentido, CABEZA PEREIRO, J. "Las políticas de conciliación al servicio de la igualdad entre mujeres y hombres". En: AA.VV. *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 81 y ss.

a la familia[7]; pero, además, la Constitución peruana en su artículo 4 establece la obligación de la Comunidad y el Estado de proteger a la familia en tanto institución natural y fundamental de la sociedad. Esta obligación; sin embargo, no ha significado un compromiso real y efectivo a favor de la problemática familiar en sus diversos ámbitos.

Bien es cierto que en el Acuerdo Nacional del año 2002, se incluyó como Política de Estado el fortalecimiento de la familia, protección y promoción de la niñez, la adolescencia y la juventud. En consonancia con dicho documento, mediante Decreto Supremo Nº 005-2004-MIMDES (15/09/2004), se aprobó el Plan Nacional de Apoyo a la Familia 2004-2011, con el que se buscó generar y/o articular políticas públicas orgánicas de protección, asistencia, educación y de promoción de la familia como agente primordial del desarrollo social que constituyan un apoyo efectivo para que pueda cumplir plenamente sus funciones en beneficio del desarrollo integral de sus miembros[8]. Y no es menos cierto que en el ámbito laboral existen algunas medidas que mediante la promoción de la conciliación de la vida familiar y laboral protegen a la familia. Sin embargo, estas medidas resultan a todas luces insuficientes, parciales y orientadas casi en exclusiva a la mujer trabajadora, con el consiguiente peligro que se vuelvan en su contra cuando se incorporan al mundo laboral formal.

Y es que, como declara uno de los principios rectores del Plan Nacional antes citado "en la familia, varón y mujer que la fundan, gozan de los mismos derechos y asumen la misma responsabilidad en su conducción. La responsabilidad compartida de los padres es vital para el desarrollo y bienestar de la niñez y la familia". Finalmente, se establece la "conciliación entre la vida familiar y las actividades laborales tanto en los ámbitos público como privado" como uno de los Lineamientos de Política a través del cual se busca permitir a las personas con responsabilidades familiares que ejerzan su derecho a desempeñar un empleo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y laborales. Se reconoce además que la conciliación entre la vida familiar y el trabajo constituye una inversión social.

Poco a poco, como es de verse, ha ido penetrando en las políticas públicas, la idea de *corresponsabilidad*, concepto que constituye un paso más, de carácter cualitativo, en la evolución de la protección dispensada a las personas trabajadoras

(7) Entre otros, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 16.3), el pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 23 1 y 2), la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 17.1), la Convención sobre Derechos del Niño (Quinto y Sexto considerandos del preámbulo), etc.

(8) Cfr. D.S. Nº 005-2004-MIMDES (15/09/2004), Misión del Plan Nacional de Apoyo a la Familia 2004-2011.

que dedican parte de su tiempo al cuidado de hijos, familiares y dependientes[9]. La asunción de la corresponsabilidad se convierte en un imperativo pues el Perú ha ratificado el Convenio 156 sobre igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares[10].

El basamento legal para regular la corresponsabilidad ya existe en el Perú. Mediante Ley Nº 28542, Ley de Fortalecimiento de las Familias (16/06/2005) se estableció como objeto de la ley, en su artículo 1, el de "promover y fortalecer el desarrollo de la familia como fundamento de la sociedad y espacio fundamental para el desarrollo integral del ser humano, basándose en el respeto de los derechos fundamentales y las relaciones equitativas entre sus miembros". Asimismo, entre otras, se estableció como política pública con perspectiva de familia "la promoción de las responsabilidades familiares compartidas entre el padre y la madre" (art. 2.c)[11].

Finalmente, y aun cuando todavía se encuentra en discusión, el Plan de Fortalecimiento de las Familias 2013-2021[12], partiendo de su obligación de promover, proteger y fortalecer la familia y, en concreto, el derecho a formar y vivir en familia, se ha estabelcido como Lineamiento de Política, el "Fomento de las responsabilidades compartidas y la conciliación entre la vida familiar y las actividades laborales".

---

(9) BALLESTER PASTOR, M.A. "La era de la corresponsabilidad: los nuevos retos de la política antidiscriminatoria". En: *Lan Harremanak*. Nº 25, 2012, p. 54.

(10) El Convenio 156 de la OIT sobre igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidad familiares (1981) fue ratificado por el Estado peruano en el año 1986 mediante Resolución Legislativa Nº 24508, con el objetivo de atender los problemas de los trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares, cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella. Para ello se hace necesario adoptar políticas nacionales específicas en tanto constituyen aspectos esenciales de la familia y a la sociedad. Se aplica a hombres y mujeres con responsabilidades hacia los(as) hijos(as) a su cargo o respecto de otros miembros de su familia directa que, de manera evidente, necesiten de su cuidado. Se refieren a todas las ramas de la actividad económica y a todas las categorías de trabajadores. Sus disposiciones pueden aplicarse por vía legislativa, convenios colectivos, reglamentos de empresa y/o decisiones judiciales.

(11) De la misma forma, en el Decreto Supremo Nº 027-2007-PCM (22/03/2007) se establecieron las políticas nacionales que serán de cumplimiento obligatorio y con metas semestrales verificables para todas las entidades del Gobierno Nacional, a fin de que el conjunto de las instituciones y funcionarios públicos impulsen transversalmente su promoción y ejecución en adición al cumplimiento de las políticas sectoriales. En materia de igualdad de hombres y mujeres se estableció: "2.1 Promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en las políticas públicas, planes nacionales y prácticas del Estado, así como en la contratación de servidores públicos y el acceso a los cargos directivos. 2.2. Impulsar en la sociedad, en sus acciones y comunicaciones, la adopción de valores, prácticas, actitudes y comportamientos equitativos entre hombres y mujeres, para garantizar el derecho a la no discriminación de las mujeres y la erradicación de la violencia familiar y sexual".

(12) Cfr. MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES. Propuesta Plan Nacional de Fortalecimiento a las Familias 2013-2021, Documento de Trabajo, p. 86. Ubicado el 10/VII/2014 a 15:33 horas, en <http://www.mimp.gob.pe/files/planes/plan-nacional-fortalecimiento-familias-2013-2021.pdf>.

Téngase por seguro que si el Estado y la sociedad se encuentran obligados a brindar una respuesta institucionalizada –traducida en el ordenamiento jurídico-laboral– a los conflictos que se generan entre la vida laboral y familiar, deben aprobarse políticas *integrales, sostenibles* en el tiempo y *adecuadas* a cada realidad social. Además, se da por descontado que las normas laborales deben estar informadas por el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación basada en estereotipos para lograr una efectiva corresponsabilidad[13]. Los derechos de conciliación deben reconocerse indistintamente a la mujer y al varón, pues su limitación (a salvo, claro está, de los vinculados al hecho biológico de la maternidad) a favor de las mujeres produce el llamado efecto *boomerang,* consolidándose la presunción de que la mano de obra femenina es más cara que la masculina en cuanto a costes sociales y repercutiendo, negativamente, en su integración en el mercado de trabajo y en sus niveles retributivos[14], empujándolas al empleo precario y sumergido o, en el mejor de los casos, a plantearse dicha integración como trabajadora por cuenta propia.

II. COMPARATIVA DE LAS MEDIDAS DE CONCILIACIÓN / CORRESPONSABILIDAD EN LOS ORDENAMIENTOS LABORALES DE ESPAÑA Y PERÚ

En el marco descrito en el epígrafe anterior, es necesario echar una mirada a las medidas de conciliación y, en su caso, de corresponsabilidad, que se han adoptado en el Perú. No en vano, el Derecho del Trabajo, caracterizado por su finalidad tuitiva, ha incorporado la tutela de intereses vinculados a la familia, aunque lo cierto es que la situación de la mujer trabajadora ha sido objeto de atención normativa del Derecho del Trabajo desde los orígenes de esta rama del ordenamiento jurídico[15].

Antes de enumerar dichas medidas, si se permite, se adelanta la conclusión fundamental. La legislación laboral peruana en esta materia todavía es insuficiente,

(13) FERNÁNDEZ PRIETO, M. "Conciliación, corresponsabilidad y empleo …". Ob. cit.

(14) PÉREZ DEL RÍO, T. "La normativa interna sobre derechos de conciliación: la corresponsabilidad". En: AA.VV. *Conciliación de la vida familiar …* Ob. cit. p. 59.

(15) MONTOYA MELGAR, A. *Prólogo a la obra de R. Molina La protección jurídica de la mujer trabajadora*. CES, Madrid, 2004, p. 11. Hay que advertir que, en sus orígenes, la legislación laboral, precisamente por su carácter tutelar, dejaba traslucir una consideración de la mujer como sexo débil necesitado de tutela al que había que salvaguardar a fin de que pudiera cumplir adecuadamente la doble función social para la que había sido concebida: la reproductiva y el cuidado de las tareas domésticas, por lo que en el trasfondo de muchas de estas disposiciones anidaban perjuicios culturales que catalogaban a la mujer como ser inmaduro y ubicado en una situación social y laboral de clara inferioridad y subordinación respecto del varón.

dirigida fundamentalmente al hecho biológico de la maternidad y centrada en derechos de ausencia al trabajo.

Si comparamos el cuadro de este tipo de medidas con las existentes, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico-laboral español se concluye que queda todavía mucho camino por recorrer. Ha parecido conveniente en este epígrafe hacer una comparativa entre ambos ordenamientos jurídicos(16), centrándonos en exclusiva en los instrumentos jurídicos puestos a disposición de los(as) trabajadores(as) en la relación individual de trabajo; dentro de estas también se van a dejar al margen, por razones de espacio, las medidas que impiden la discriminación por razón de embarazo, pues en ambos ordenamientos son similares y tanto la conflictividad generada en su aplicación como las respuestas dadas por los tribunales son similares.

La legislación española puede ser un buen observatorio de experimentación porque lo cierto es que su incorporación a la actual Unión Europea ha provocado que su desarrollo en materia de conciliación y corresponsabilidad haya sido vertiginoso, acelerado además por importantes pronunciamientos de los más altos tribunales (Tribunal de Justicia de la Unión Europea y Tribunal Constitucional). En efecto, la maternidad siempre ha constituido una causa de discriminación directa por razón de sexo hacia la mujer tanto en el empleo, como en el acceso y el mantenimiento de este. En la Unión Europea, las políticas que afectan a la conciliación de la vida laboral, familiar y personal poseen una larga tradición y los instrumentos jurídicos en los que se han concretado estas políticas han sido elaborados en el marco de las actuaciones comunitarias destinadas a conseguir la igualdad de género, a proteger la salud de las personas y, en fin, a atender a las necesidades del mercado de trabajo; en otras palabras, las políticas europeas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar son incardinadas dentro de las políticas de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y estas, a su vez, quedan subsumidas en el ámbito de la UE bajo las políticas sociales y de empleo(17).

(16) Para un estudio detallado de dichas medidas en España se puede consultar, entre otros, CABEZAS PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ DOCAMPO, B. (Dir.). *Conciliación de la vida familiar* … Ob. cit.; AGUILERA IZQUIERDO, R. "Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres". En: *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Núm. Extraordinario 2, 2007, pp. 69-119. Para un estudio de las medidas de conciliación en Perú: Vide ANDERSON, J. *Responsabilidades por compartir: la conciliación trabajo-familia en Perú*. 1ª ed., OIT, Santiago, 2011.

(17) PÉREZ CAMPOS, A.I. "La titularidad del permiso de maternidad en la Unión Europea". En: *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*. XLVII, 2014, p. 167.

Actualmente, en la legislación española existen medidas de todo tipo, laborales y de Seguridad Social. Se trata de un conjunto de medidas, en el plano contractual que generan derechos muy diversos pero que todos ellos inciden en la ordenación del tiempo de trabajo, como el disfrute de permisos retribuidos, la posibilidad de reducir la jornada de trabajo, o de elegir el turno, solicitar una suspensión del contrato de trabajo o una excedencia. Igualmente, diverso es el panorama de las medidas establecidas en el ámbito de la Seguridad Social, en el que se articula el derecho a percibir prestaciones o beneficios de distinta naturaleza.

Vaya de antemano que en el ordenamiento jurídico español, desde que lo introdujera la Ley Orgánica 3/2007, del 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, en su artículo 44.1[18], existe un reconocimiento expreso de los derechos de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, al margen de las distintas medidas que el ordenamiento jurídico-laboral establezca, reconocidos a trabajadoras y trabajadoras, cuya finalidad común debe ser fomentar la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares. Veamos cuáles son esos derechos y medidas previstas en el ordenamiento laboral.

1. Las que protegen la salud de la madre, del feto y del hijo/a durante el embarazo, parto y lactancia. En la actualidad, en este grupo de normas, destacan:

   - El reconocimiento de un permiso laboral retribuido "por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo" (art. 37.3. f) Estatuto de los Trabajadores).

   - La suspensión del contrato de trabajo por maternidad biológica (art. 45.1.d) Estatuto de los Trabajadores), de duración de 16 semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en 2 semanas más por cada hijo a partir del segundo, de las cuales, las seis semanas inmediatamente posteriores al parto de descanso corresponden obligatoriamente a la madre, y las diez restantes, en todo o en parte, pueden ser disfrutadas por el padre. Dicha suspensión, se acompaña de una prestación contributiva de la Seguridad Social, regulada en el Capítulo IV *bis* de la Ley General de la Seg*uridad Social (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio), artículos*

(18) "Artículo 44. Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

1. Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio".

133 bis a 133 *septies*, desarrollada por el Real Decreto 295/2009, del 6 de marzo.

- La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo (art. 45.1.d) Estatuto de los Trabajadores), junto a la prestación contributiva de la Seguridad Social, regulada en el Capítulo IV *quater* de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio), artículos 134 a 135.

- La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses (art. 45.1.d) Estatuto de los Trabajadores), incorporada por la Disp. Adic. 18ª de la Ley Orgánica 3/2007, que conlleva también una prestación contributiva de la Seguridad Social, regulada en el Capítulo IV *quinquies* de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio), artículos 135 *bis* y 135 *ter*.

2. Las que garantizan el principio de igualdad y establecen derechos de titularidad indistinta (madre o padre) que permitan conciliar a todos los trabajadores, con independencia del sexo, las responsabilidades familiares y laborales.

   - Permiso de 2 días por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando con tal motivo el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días (art. 37.1 b) Estatuto de los Trabajadores).

   - La suspensión del contrato de trabajo por adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple (art. 45.1.d) Estatuto de los Trabajadores), de duración de 16 semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en 2 semanas más por cada hijo a partir del segundo. En este supuesto, pueden padre o madre, indistintamente puesto que ambos son titulares, disfrutar de todo o parte del periodo de suspensión del contrato de trabajo durante 16 semanas. Esta suspensión va acompañada, asimismo, de la prestación contributiva de la Seguridad Social, regulada en el Capítulo IV *bis* de la Ley General de la Seguridad Social, artículos 133 *bis* a 133 *septies*, desarrollada por el Real Decreto 295/2009, del 6 de marzo.

- Reducción de jornada de trabajo por cuidado directo de un hijo menor de 12 años o de un familiar, hasta segundo grado por consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo así como por cuidado de un hijo menor de 18 años afectado por cáncer o cualquier otra enfermedad grave, regulada en el artículo 37.5 Estatuto de los Trabajadores. En estos supuestos, la reducción del tiempo de trabajo se acompaña de una disminución proporcional del salario.

- El permiso de lactancia –cuyo reconocimiento data de 1900, con la Ley del 13 de marzo, sobre protección de la mujer y el niño en el trabajo– que puede disfrutarse hasta que el hijo cumpla 9 meses, mediante la interrupción de la jornada de trabajo diaria durante una hora (o fraccionarla en dos mitades) o retrasar el ingreso al trabajo en media hora o adelantar la salida del trabajo en el mismo tiempo o, incluso, si así lo prevé la negociación colectiva, acumular esa media hora en un mismo periodo. Se encuentra regulado en el párrafo 4 del artículo 37 Estatuto de los Trabajadores y, en la actualidad, por *mor* de la modificación operada por el Real Decreto Ley 3/2012, se atribuye también (e indistintamente) al padre trabajador. La extensión obedece a que la Sentencia del Tribunal de Justicia de Unión Europea del 30 de septiembre de 2010, caso Roca Álvarez/Sesa Star ETT, S.A. considera que el que la madre que tenga la condición de trabajadora por cuenta ajena sea titular del derecho a disfrutar del permiso, en tanto que el padre que tenga la misma condición puede disfrutar de ese derecho, sin ser titular originario, únicamente si la madre también es trabajadora por cuenta ajena, puede contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental. Por tanto, la limitación contenida hasta ese momento en el precepto estatutario español es contraria a las normas comunitarias que proscriben la discriminación por razón de sexo[19], de ahí que ahora se prescriba su

(19) Estudios más extensos y completos sobre las implicaciones y consecuencias de tan transcendente pronunciamiento judicial pueden consultarse en HERRAIZ MARTÍN, Mª S. "Real Decreto-Ley 3/2012: luces y sombras en materia de conciliación de la vida laboral y familiar". En: AA.VV. Reforma laboral 2012: Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (Dir. I. García Perrote y J.R. Mercader Uguina). Lex Nova, Valladolid, 2012, pp. 267-290; y CHARRO BAENA, P. "Los derechos individuales del trabajador: conciliación de la vida familiar y laboral y vacaciones laborales". En: *Actas del Congreso sobre la Reforma Laboral de 2012*. Universidad Rey Juan Carlos. Madrid, 27 de marzo de 2012.

titularidad "conjunta" a disfrutar por el padre o la madre en el caso de que ambos trabajen.

- Excedencia para cuidado de hijo menor de tres años y excedencia, por un periodo de hasta dos años, pudiéndose disfrutar de forma fraccionada, para el cuidado de un familiar hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente o enfermedad, no pueda valerse por sí mismo. Estas excedencias por razones *familiares* se encuentran reguladas en el artículo 46.3 Estatuto de los Trabajadores. Ha de señalarse que como constituyen una causa de suspensión del contrato de trabajo, quedan exoneradas las obligaciones principales derivadas del contrato, esto es, prestar servicios y retribuir dichos servicios (artículo 45.2 Estatuto de los Trabajadores) aunque con reserva del puesto de trabajo del trabajador que ejercite tal derecho.

3. Las que fomentan la corresponsabilidad de ambos sexos, procurando que las responsabilidades familiares sean asumidas y compartidas por ambos progenitores. No cabe duda de que todos los derechos laborales de conciliación que atribuyen la titularidad indistinta a trabajador y trabajadora, que se acaban de enunciar en el apartado anterior pretenden fomentar la corresponsabilidad, sin embargo, se reserva a las medidas que se atribuyen en exclusiva al trabajador varón.

   - Permiso de dos días por nacimiento de hijo, ampliable a cuatro días cuando el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto (art. 37.1 b) Estatuto de los Trabajadores).

   - Suspensión del contrato de trabajo por paternidad, llamado también permiso por paternidad, en los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento, con una duración de trece días ininterrumpidos, ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo. Esta suspensión es independiente del disfrute compartido de los periodos de descanso por maternidad antes referido, y que pueden disfrutar tanto madre como padre. En el supuesto de parto, la suspensión corresponde en exclusiva al otro progenitor, lo que permite que sea la mujer trabajadora quien disfrute de este permiso de paternidad en los supuestos de matrimonios o uniones de hecho entre personas del mismo sexo (art. 48 *bis* Estatuto de los Trabajadores).

En nuestra legislación peruana, y con relación a las medidas legislativas que promueven la conciliación de la vida familiar y laboral, cabría hacer una doble clasificación: a) medidas de protección vinculadas a la situación biológica del embarazo y puerperio y a la salud y atención del recién nacido; y b) medidas que podrían enlazarse con la corresponsabilidad de los padres trabajadores.

En el primer grupo destacaría el descanso por maternidad, aprobado mediante la Ley Nº 26644 que precisa el goce del derecho de descanso prenatal y posnatal de la trabajadora gestante (27/06/1996) y su Reglamento, Decreto Supremo Nº 005-2011-TR (17/05/2011), que en el Perú se reconoce como un "derecho de la trabajadora derivado del proceso biológico de la gestación"[20] para gozar de un descanso retribuido de 90 días: 45 días antes del parto (prenatal) y 45 días después del parto (posnatal), aunque podrán acumularse ambos periodos tras el parto o disponer su acumulación con el descanso vacacional por el récord ya cumplido, previa comunicación por escrito al empleador. Este derecho se extiende a trabajadoras sujetas al régimen laboral privado y al régimen laboral público. Mediante Ley Nº 29992 (07/02/2013) se modificó la Ley Nº 26644 estableciendo que en casos de nacimiento múltiple o de nacimiento de niños con discapacidad, el descanso posnatal se extenderá por treinta (30) días naturales adicionales. Como institución jurídico-laboral se configura como una causa de suspensión imperfecta del contrato de trabajo: la trabajadora recibe su remuneración durante ambos periodos; a la vez, la remuneración que el empleador no deja de retribuir le es subsidiada por el Estado a través de EsSalud.

Asimismo, se incluye también la obligación de implementación de lactarios[21] en las instituciones del Sector Público y del Sector Privado, aprobado mediante Ley Nº 29896 (07/07/2012), en los centros de trabajo cuando en estos laboran veinte o más mujeres en edad fértil. Correlativamente a la obligación de los empleadores públicos y privados de implementar lactarios, las madres trabajadoras gozan del derecho a disponer de su jornada laboral y, dentro de esta, acudir

(20) Artículo 2, D. S. Nº 005-2011-TR que reglamenta la Ley Nº 26644, Ley que precisa el goce del derecho de descanso prenatal y posnatal de la trabajadora gestante (17/05/2011).

(21) Según dispone el artículo 2 de la Ley Nº 29896, Ley que establece la implementación de lactarios en las instituciones del Sector Público y del Sector Privado promoviendo la lactancia materna (07/07/2012), un lactario "es un ambiente especialmente acondicionado y digno para que las madres trabajadoras extraigan su leche materna durante el horario de trabajo asegurando su adecuada conservación". Las características mínimas de este lactario institucional son: "Área de no menor de 10 metros cuadrados, ambiente que brinde privacidad y comodidad que permita a las madres trabajadoras la posibilidad de extraerse su leche sentadas, contar con refrigeradora en donde almacenar la leche extraída por las madres durante su jornada laboral, ubicación accesible en primer o segundo piso, salvo que la institución cuente con ascensor, lavabo dentro del área o cerca del mismo para facilitar el lavado de manos". Cfr. Anexo del D. S. Nº 009-2006-MIMDES, publicado el 23/08/2006.

a extraerse su leche a fin de contribuir a la alimentación de su hijo. Obviamente, la madre tendrá que acomodar sus obligaciones laborales y su empleador tendrá que concederle permiso para ausentarse de sus actividades, dentro del centro de trabajo, mientras dure la extracción aun cuando no esté de acuerdo. El artículo 2 de la Ley Nº 29896 establece que la implementación de lactarios tiene por finalidad promover la lactancia materna y que las especificaciones y condiciones que deben cumplir los lactarios se rigen por lo dispuesto en el Anexo del Decreto Supremo Nº 009-2006-MIMDES (23/08/2006).

También se persigue la adecuada alimentación del menor mediante el reconocimiento del derecho de la madre trabajadora a una hora diaria de permiso por lactancia materna, tal como se ha establecido en la Ley Nº 27240 que otorga el permiso por lactancia materna (23/12/1999)[s(22)] modificada por la Ley Nº 28731 (13/05/2006)[(23)], luego de su periodo posnatal, para ausentarse del centro de trabajo y hasta que su menor hijo tenga un año de edad (artículo 1). Se trata de un permiso remunerado de las trabajadoras del Sector Público y Privado, pues la hora diaria de permiso se considera como efectivamente trabajada para todo efecto legal, en ese sentido es un beneficio subsidiado al empleador por el Estado, pero cuyo horario de disfrute será negociado entre empleador y trabajadora.

Huelga decir que la primera de las medidas va dirigida en exclusiva a la mujer trabajadora, madre biológica del menor. Por lo tanto, resulta evidente que se encuentran en una fase embrionaria de la evolución normativa sobre conciliación de la vida familiar y laboral, vinculada en exclusiva al hecho del alumbramiento. Si se tomase como referencia la legislación española, aun en el supuesto de maternidad biológica, de las 16 semanas de suspensión del contrato de trabajo que reconoce el artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores, 10 semanas se pueden ceder al padre. Ello obedece a que la finalidad del llamado descanso por maternidad cumple una doble función, cuando se trata de nacimiento de hijo, (i) procurar la recuperación de la salud de la madre durante el puerperio y (ii) atender al cuidado y atención del recién nacido. Esta última finalidad obviamente puede ser cumplida por la madre o el padre. Es más en el caso de fallecimiento de la madre o cuando la madre no tiene derecho a la prestación de la Seguridad Social, puede el padre disfrutar en su totalidad del periodo de suspensión contractual.

---

(22) Originariamente, la norma había establecido que, al término del periodo posnatal, la madre trabajadora tenía derecho a una hora diaria de permiso por lactancia materna, hasta que el hijo tenga como mínimo 6 meses de edad.

(23) Esta norma amplió la duración del permiso por lactancia materna hasta que el hijo tenga un año de edad. Asimismo estableció que en caso de parto múltiple, el permiso por lactancia materna se incrementará una hora más al día.

Aun siendo un derecho que resulta evidente reconocerlo en exclusiva a la mujer trabajadora que amamanta a su bebé, recuérdese que en el ordenamiento español ahora son titulares indistintos madre y padre, porque bien puede tratarse de lactancia artificial. Es más ¿realmente en la actualidad, con el crecimiento de los núcleos urbanos, con la distancia que en muchas ocasiones existe entre el domicilio y el centro de trabajo, por ejemplo, satisface la finalidad de amamantamiento que tuvo en su origen en los centros fabriles?

En relación al segundo grupo de medidas, esto es, las que enlazan con la corresponsabilidad, en primer lugar hay que aludir a la licencia por paternidad aprobada mediante Ley Nº 29409, Ley que concede el derecho de paternidad a los trabajadores de la actividad privada y pública (20/09/2009) y su Reglamento, D.S. Nº 014-2010-TR (16/12/2010), que se configura como un derecho del padre trabajador de ausentarse de su puesto de trabajo con ocasión del nacimiento de su hijo (a), con derecho a remuneración, y con una duración de cuatro días hábiles consecutivos. El inicio de la licencia se hace efectivo en la oportunidad que el trabajador indique, entre la fecha de nacimiento del hijo (a) y la fecha que la madre o el hijo (a) sean dados de alta por el centro médico respectivo. Si la oportunidad del inicio del goce coincide con días no laborables, el inicio del periodo de licencia se produce el día hábil inmediato siguiente.

Puesto que el varón que ha sido padre no posee impedimento biológico alguno que le obstaculice el desarrollar su actividad laboral, es claro que la Ley ha tenido en cuenta otras razones a la hora de contemplar este supuesto. Suele afirmarse que en la *ratio legis* o filosofía explicativa del precepto late el deseo de que el padre pueda acompañar a la madre en el momento de nacimiento del hijo(24), pero también parece que con la dispensa de trabajar se posibilita que el padre disfrute plenamente de una vivencia singular (conocer y cuidar al recién nacido) y pueda atender obligaciones de tipo social (visitas, llamadas, etc.) o burocrático (inscripción en Registro Civil, en cartilla sanitaria, etc.).

Asimismo, se encuentra la licencia por adopción (aprobada mediante Ley Nº 27409 del 25/01/2001), que comprende treinta días con goce de haber que se le otorga al trabajador(a) que adopta a un niño(a) que no tenga más de doce años

(24) Esto es, "que el trabajador cuando acontezcan los presupuestos objetivos –nacimiento, enfermedad o fallecimiento– tiene derecho, porque así lo necesita a los días indicados, con lo que se piensa que con ese tiempo puede desplegar su conducta asistencial o de dispensa a cuanto para él le depare ese acontecimiento familiar, en el que él está tan implicado, vivencialmente nada hay que más le importe en su esfera personal, (...), que estar presente en el nacimiento de un hijo (...)". (STCT 18 octubre de 1987, art. 485).

de edad. El trabajador peticionante debe comunicar, expresamente, a su empleador, en un plazo no menor de quince días naturales a la entrega del menor, su voluntad de gozar de la licencia (si no manifiesta su voluntad de goce estará impedido de su ejercicio. Se reconoce a trabajadoras y trabajadores y, en ese sentido, sería una norma de corresponsabilidad; no obstante, el artículo 4 de la Ley precisa que si los trabajadores peticionarios de adopción con cónyuges, la licencia será tomada por la mujer, previsión que rompe la promoción de la asunción conjunta de las responsabilidades familiares(25) y entronca con los estadios más rancios de la protección del trabajo de la mujer.

Otra medida acogida en el ordenamiento peruano es la aprobada mediante Ley Nº 30012, que concede el derecho de licencia a trabajadores con familiares directos que se encuentran con enfermedad en estado grave o terminal o sufran accidente grave (26/04/2013). De acuerdo con la norma, el trabajador del Sector Público y Privado tiene derecho a gozar de siete días de licencia con goce de haber si tienen un familiar directo –cónyuge, conviviente, hijo, padre o madre– enfermo diagnosticado en estado grave o terminal, o que sufra accidente que ponga en serio riesgo su vida, con el objeto de asistirlo.

Para ejercer este derecho, el trabajador debe comunicar su goce a su empleador dentro de las 48 horas de producido o conocido el suceso, adjuntando el certificado médico suscrito por el profesional de la salud autorizado, con el que se acredite el estado grave o terminal o el serio riesgo para la vida como consecuencia del accidente sufrido por el familiar directo. De no ser suficientes los 7 días otorgados por la norma, se establece la obligación del empleador de conceder un lapso adicional no mayor de treinta días calendario a cuenta del derecho al descanso vacacional. Es decir, el trabajador tendrá derecho a exigir más días de licencia pero estos serán descontados de los días que tiene acumulados o que podrá acumular para el descanso vacacional. Con posterioridad, si una situación excepcional hace ineludible extensión del plazo de la licencia más allá del periodo a cuenta de vacaciones, el empleador tiene la obligación de acordar con su trabajador la posibilidad de compensar horas utilizadas para dicho fin con horas extraordinarias de servicios. Es decir, el trabajador podrá negociar con su empleador la posibilidad de trabajar en sobre tiempo a fin de descontar las horas tomadas para la atención de su familiar directo.

(25) En el mismo sentido BOZA PRÓ, Guillermo. "La madre trabajadora como sujeto laboral especialmente protegido en el Ordenamiento Peruano". En: AA.VV. *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano*, Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Grijley, Lima, 2009, p. 95.

Observamos que el legislador ha procurado otorgar este beneficio sin diferenciación de género, a varón y mujer para que ambos cumplan sus deberes asistenciales con la familia y estén presentes en situaciones penosas que llevan a buscar en la familia el consuelo y apoyo directo. En efecto, de acuerdo a la Exposición de Motivos de la Ley, la motivación del otorgamiento de esta norma obedece a que: "El Estado protege de manera especial a los trabajadores con responsabilidades familiares y está obligado a implementar acciones que ayuden a conseguir el equilibrio entre estas y su derecho y deber de trabajar". Sin duda, después de muchos intentos tímidos, este constituye un paso trascendente en medidas legislativas orientadas a promover la corresponsabilidad familiar del varón y la mujer en el ámbito laboral.

También, y como expresión de estos intentos del legislador peruano, con fecha 03/12/2013 se publicó la Ley Nº 30119 mediante la cual se concede el derecho de licencia al trabajador de la actividad pública o privada para la asistencia médica y la terapia de rehabilitación que requieran sus hijos menores con discapacidad, menores con discapacidad sujetos a su tutela, mayores de edad con discapacidad en condición de dependencia o sujetos a su curatela.

La licencia se concede al trabajador padre, madre, tutor o curador de la persona con discapacidad que requiera asistencia médica o terapia de rehabilitación, hasta por cincuenta y seis horas alternas o consecutivas anualmente, las cuales son concedidas a cuenta del periodo vacacional, también pueden compensarse con horas extraordinarias, previo acuerdo con el empleador. Se pueden otorgar, de ser necesario, horas adicionales, siempre que sean a cuenta del periodo de vacaciones o compensables con horas extraordinarias de labores, previo acuerdo con el empleador. Se trata de un derecho irrenunciable y su uso indebido puede acarrear un despido por vulneración de la buena fe laboral. Esta norma entrará en vigencia al día siguiente de la publicación de su reglamento.

Como podemos apreciar, tanto con la Ley Nº 30012 como con la Ley Nº 30119, se busca proteger dos bienes jurídicos: i) por un lado, por expreso mandato de los artículos 22 y 23 de la Constitución, el derecho al trabajo y así se impide que una relación laboral menoscabe la dignidad de la persona y el goce de sus derechos fundamentales como la salud integral y la protección de su familia; ii) por otro, la familia que, de acuerdo al artículo 4 de la Constitución, es una institución elemental y prioritaria de atención y protección por el Estado en todos sus niveles.

III. LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA PARA CUIDADO DE FAMILIARES

Resulta sumamente interesante la previsión contenida en el Estatuto de los Trabajadores que reconoce el derecho individual de trabajadores y trabajadoras[26] a reducir su jornada laboral para el cuidado de hijos menores de doce años[27] o de familiares hasta segundo grado por consanguinidad o afinidad que, por razones de edad o enfermedad, no puedan valerse por sí mismos. Existe una tercera situación que permite la reducción de jornada de trabajo, introducida por la disposición final 22ª. Uno de la Ley 39/2010, del 22 de diciembre, que regula la reducción de jornada para el cuidado de menores enfermos de cáncer u otras enfermedades graves. La finalidad de esta reducción es atender al cuidado directo de menores afectados por cáncer o cualquier otra enfermedad grave que implique un ingreso hospitalario; es, por tanto, una situación temporal, extraordinaria e inesperada. Su régimen jurídico tiene perfiles peculiares respecto a los otros dos supuestos (cuidado de un hijo menor de 12 años o de un familiar dependiente), por lo que en este momento se dejará al margen de este estudio.

La reducción de la jornada de trabajo para el cuidado de hijos menores o familiares dependientes es la medida de conciliación de la vida familiar y laboral, tras el permiso de maternidad, más utilizada en España. Su interés radica en que permite a la persona trabajadora adaptar su tiempo de trabajo[28] a las circunstancias familiares que requieran la atención, puntual o no, de los intereses

(26) Ello no obsta a que se prevea una limitación en su ejercicio, cuando el artículo 37.6 Estatuto de los Trabajadores declara expresamente que aun tratándose de un derecho individual de los trabajadores, hombres y mujeres, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, "el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa".

(27) En este punto, la legislación ha seguido una evolución significativa. Si primariamente, las normas laborales fijaban la edad del hijo en los 6 años, dicha edad se amplió a 8 años por mor de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (con esta norma se incorporaba al ordenamiento español dos Directivas en materia de igualdad de trato, la 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro). Se alcanza la edad de los doce años mediante Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores.

(28) Desde el mismo momento en que la legislación laboral recoge este derecho se enfatizó su oportunidad, por considerar que la reducción de jornada es el medio más adecuado para compatibilizar los problemas familiares que se derivan de los cuidados necesarios de familiares con los deberes profesionales, permitiendo al trabajador mantener su actividad laboral. Cfr. ALONSO LIGERO, Mª de los S. "Lactancia y guarda legal". En: AA.VV. *Comentarios a las Leyes Laborales.* (Dir. E. Borrajo Dacruz), Tomo VII, Edersa, Madrid, 1982, pp. 372-373.

familiares[29] sin que ello suponga un apartamiento del mercado de trabajo y reduce los efectos negativos de desprofesionalización y postergación que el disfrute de permisos puede comportarle a los trabajadores. El efecto negativo, claro está, es que la adaptación de la jornada se acompaña con reducción proporcional del monto salarial. Más allá de esa reducción salarial, el disfrute del derecho a reducción de jornada no puede suponer a los trabajadores ninguna otra consecuencia negativa (en concreto, se está pensando en los derechos de promoción profesional).

Con carácter general, ha de advertirse que las posibilidades de adaptación y, por ende, de conciliación entre las responsabilidades laborales y familiares es muy amplia, pues la reducción de jornada se mueve en una horquilla "entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella"[30], lo que permite a los trabajadores y trabajadoras adaptar con bastante precisión (y el menor descuento salarial) sus responsabilidades familiares con las obligaciones laborales, porque el *quantum* de la reducción constituye una facultad del trabajador[31]. No obstante lo anterior, ello no significa que el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores sea ajeno a los intereses empresariales, ya que al fijar el porcentaje máximo de reducción del 50 por ciento de la jornada, se pretende evitar que la jornada del trabajador se reduzca de tal forma que resulte "improductiva" su prestación laboral y se produzcan perjuicios importantes dentro de la organización y marcha normal de la empresa[32].

Se podrá disfrutar durante todo o parte del periodo de referencia (hasta que el hijo cumpla doce años o el familiar pueda valerse por sí mismo; es más, el trabajador podrá ampliar la duración del disfrute inicialmente señalado tantas veces considere necesario.

El reconocimiento del derecho a la reducción de jornada por cuidado de un menor tiene su origen en la Ley de Relaciones Laborales de 1976. Ya desde sus inicios, la titularidad era reconocida indistintamente a varones y mujeres trabajadoras,

(29) En la doctrina constitucional, el entronque de la reducción de jornada con el artículo 39 CE, son relevantes las SSTC 3/2007, del 15 de enero (RTC 2007, 3) 24/2011, de 14 de marzo (RTC 2011, 24) y 26/2011, de 14 de marzo (RTC 2011, 26).

(30) Hasta la modificación operada por la Ley Orgánica 3/2007, antes mencionada, la reducción debía comprenderse entre un tercio y la mitad de la jornada, lo que provocaba que quien se acogiera a esta medida, indefectiblemente debía "perder" un tercio del monto de su salario, aunque la necesidad de atención del menor o familiar no exigiese reducir el tiempo de trabajo en esa proporción.

(31) CHARRO BAENA, P. y HERRAIZ MARTIN, Mª. S. "Las responsabilidades familiares y contrato de trabajo. Notas críticas y propuestas". En: *Aranzadi Social*. Nº 8, 1998, p. 63.

(32) ROLDÁN MARTÍNEZ, A. *La repercusión de la crisis económica en el derecho a la reducción de jornada por guarda legal. Análisis legal y jurisprudencial*. IV Congreso REPS 2013, ubicado el 03/VIII/2014 a 9:35 horas, en: <http://www3.uah.es/congresoreps2013/Paneles/panel3/ARANZAZUROLDAN-MARTINEZ(afatima.roldan@uem.es)/TCPonenciaReduccionde jornada.pdf>.

por lo que se enmarca entre las medidas que persiguen la corresponsabilidad, aunque la realidad demuestra que son las mujeres las que mayoritariamente hacen uso de este derecho. No es hasta la modificación operada por la relevante Ley 39/1999, del 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras(33), cuando se amplía a los supuestos de cuidado directo de un "familiar, hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad, que no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida".

La persona trabajadora que cumpla los requisitos legales deberá solicitarlo al empleador con un preaviso de quince días o la duración que determine el convenio colectivo aplicable; asimismo, tiene obligación de preavisar con el mismo plazo la fecha en que finalizará. Dicha exigencia de preaviso no impide que el trabajador pueda prorrogar la duración inicialmente señalada, siempre que se encuentre en el supuesto o plazo habilitante. No obstante lo anterior, no es un derecho absoluto e incondicionado, pues el propio precepto prevé que en caso de discrepancias con empresario, el trabajador podrá acudir a la jurisdicción social, mediante un proceso especial previsto en el artículo 139, Ley de la Jurisdicción Social.

Gran parte de las controversias suscitadas sobre el ejercicio de este derecho se han centrado en la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute. A nadie se le escapa que el derecho a la reducción de la jornada de trabajo que el artículo 37 Estatuto de los Trabajadores otorga a los trabajadores no resulta en ocasiones de fácil acomodación con las facultades organizativas que corresponden al empresario(34) tampoco con la progresiva flexibilización que las últimas reformas laborales en España han introducido en la ordenación del tiempo de trabajo basadas en la diversificación, la irregularidad y la variabilidad. Pero esta flexibilización en el ordenamiento jurídico español se ha adoptado en un sentido unidireccional, para satisfacer los intereses empresariales, adaptaciones que requiere la economía y el mercado(35).

Para demostrar la última afirmación, conviene hacer un repaso de las principales interpretaciones jurisprudenciales hasta concluir con el estado actual de la

(33) La norma transponía la Directiva 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio, relativa al Acuerdo marco sobre permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES.

(34) CHARRO BAENA, P. "La concreción horaria en la reducción de jornada por cuidado de hijo menor ¿la búsqueda de un justo equilibrio de intereses?". En: *La flexibilidad interna y los despidos colectivos en el sistema español de relaciones laborales*. (Coord. N. Pumar Beltrán), Huygens, Barcelona, 2014, p. 261.

(35) MORÓN PRIETO, R. "¿Existe un genérico derecho a cambiar el horario laboral para conciliarlo con la vida privada?". En: *Revista de Derecho Social*. Nº 45, 2009, p. 170.

cuestión(36). En la primigenia redacción estatutaria se establecía que la reducción debía operar en la "jornada ordinaria" del trabajador. Esta previsión dio lugar a interpretaciones judiciales muy diversas. La más restrictiva consideraba que debía ser diaria(37) y declaraba directamente la competencia del empresario para decidir el cómo y el cuándo de esa reducción(38). Otra, más amplia y flexible, admitía la facultad del trabajador para elegir el horario en el trabajador desarrollaría la jornada reducida(39), siempre con sometimiento a la finalidad que inspira la reducción de la jornada por cuidado de hijos(40) y a su ejercicio con arreglo a las exigencias de la buena fe(41), sin que aquí entre en juego la facultad empresarial de dirección y organización de la actividad laboral, aunque ello acarree dificultades de funcionamiento(42). En fin, con carácter mayoritario, la doctrina judicial se decantaba por una ponderación de intereses en juego; en este sentido, los diferentes TSJ optaron por una solución intermedia o de equilibrio, de forma que el trabajador tendría derecho a elegir el concreto horario, pero ello no suponía la absoluta primacía sobre las facultades directivas del empresario(43).

La doctrina dispar en esta materia obedecía, fundamentalmente, a la cada vez más generalizada pretensión de los trabajadores de obtener mayores niveles de compatibilidad entre la jornada de trabajo y su vida privada, que provocaba que al amparo del artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores se buscara amparo en situaciones muy diversas que no encontraban exacto acomodo en la regulación legal. En ocasiones, lo que pretende el trabajador no es tanto realizar un horario más reducido dentro de la jornada diaria habitual sino solicitar la exclusión de varios días laborables (habitualmente, sábados y domingos), o la supresión total de los turnos rotatorios, o la ubicación en un turno diferente (por ejemplo, el diurno en vez del nocturno). Y es que no puede olvidarse que tan importante como reducir horas es tener la posibilidad de que las horas que se trabajen se puedan articular adecuadamente para hacerlas compatibles con la atención del menor o familiar dependiente, sin especiales gravámenes o perjuicios directos o

(36) En este punto, seguiremos a CHARRO BAENA, P. "La concreción horaria en la reducción de jornada por cuidado de hijo …". Ob. cit., pp. 261 y 22.

(37) STSJ Andalucía/Málaga de 22 de marzo de 2002 (AS 2002, 2614).

(38) STSJ Cataluña de 1 de abril del 1997 (AS 1997, 1995).

(39) STSJ País Vasco del 16 de noviembre de 1996 (AS 1996, 5108).

(40) STSJ Baleares del 9 de octubre de 1995 (AS 1995, 3628), considera razonable la elección de la trabajadora por su coincidencia con los horarios de guardería o colegio.

(41) SSTSJ País Vasco del 16 de noviembre de 1993 (AS 1993, 5108) y 5 del diciembre de 1995 (AS 1995, 4754) y Aragón del 17 de abril de 1999 (AS 1999, 1025).

(42) STSJ Castilla-La Mancha del 23 de enero de 1998 (AS 1998, 197).

(43) SSTSJ País Vasco del 9 de enero de 1991 (AS 1991, 247), 1 de diciembre de 1994 (AS 1994, 4981), 5 de diciembre de 1995 (AS 1995, 4754) y Madrid del 8 de febrero de 1999 (AS 1999, 257).

indirectos[44]. En este sentido son relevantes las SSTS del 13 y 18 de junio 2008[45]. El Tribunal Supremo afirma contundentemente que la solicitud por parte del trabajador de un cambio de turno sin reducción de jornada carece el amparo del artículo 37.5, y que estos requerimientos deben incardinarse al amparo del artículo 34.8 Estatuto de los Trabajadores.

Sea como fuere, lo cierto es que este instrumento de conciliación es el mayoritariamente utilizado por los trabajadores para atender sus responsabilidades familiares, pero ha sufrido una modificación en su régimen jurídico que podría comprometer su efectividad. En efecto, a partir de la Reforma Laboral de 2012, la reducción de jornada tendrá que ser diaria, eliminando reducciones en cómputos superiores (semanal, mensual o anual). El legislador justifica dicha modificación aludiendo a que esta previsión es más acorde con la finalidad real del derecho, lo cual es cuestionable porque no abarca todas las posibles situaciones personales, pero lo que no resulta dudoso es que dificulta su ejercicio en la práctica[46] eliminando (salvo pacto entre empresario y trabajador) la posibilidad de reducir la jornada de trabajo en momentos puntuales en los que eventualmente interesase la atención o cuidado del menor o familiar (piénsese, por ejemplo, durante los meses que coinciden con las vacaciones escolares). La reducción de jornada por cuidado de hijo menor puede quedar limitada a un mero ajuste del horario laboral. Se advierte que en las últimas reformas laborales españolas, con el pretexto de contribuir a la contención del gasto público y reducir la deuda pública que padece el país, se están traduciendo en un recorte de los derechos y políticas sociales, entre otras, las referidas a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y, por ende, las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral[47].

Pero es que, además, la referida Reforma introduce una nueva previsión en el párrafo 6 del artículo 37 Estatuto de los Trabajadores, en el sentido de que los convenios colectivos podrán establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada a que se refiere el apartado 5, en atención a los derechos de

(44) ROLDÁN MARTÍNEZ, A. "La repercusión de la crisis económica en el derecho a la reducción de jornada por guarda legal …". Ob. cit.

(45) Un comentario sobre la segunda de ellas puede verse en SEMPERE NAVARRO, A.V. y CHARRO BAENA, P. "Adaptación del horario de trabajo por cuidado de un hijo discapacitado". En: *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*. Nº 22, BIB, 2008. p. 2713.

(46) SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ. R. *Claves de la Reforma Laboral*. Thomson Reuters. Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 244.

(47) MOLINA HERMOSILLA, O. "Crisis económica, derechos sociales y contención del gasto: ¿Queda espacio para el derecho a la igualdad efectiva entre hombres y mujeres?". Comunicación presentada a las XXI Jornadas Universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales "Constitución Española y Relaciones Laborales en el actual escenario social y económico", Cádiz, 13 y 14 de diciembre de 2012. Ubicado el 29/VII/2014 a 12:11 horas, en: <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/c/document_library/get_file?uuid=19e1bb16-ba7d-4b6b-bbb7-4aaaefc4176a&groupId=10128>.

conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas. Así, serán lícitas las cláusulas convencionales que eventualmente permitan, por ejemplo, posponer el ejercicio de este derecho atendiendo a razones productivas o que limiten el ejercicio simultáneo de un cierto número de trabajadores por razones organizativas o que prevean limitaciones empresariales genéricas por necesidades de la empresa(48). No obstante lo anterior, la nueva previsión admite, asimismo, una lectura de signo positivo, admitiendo fórmulas más flexibles de ejercicio para dotar de efectividad el ejercicio del derecho a reducción de jornada de trabajo para cuidado de familiares(49).

La reforma de 2012, al circunscribir el ejercicio del derecho de reducción a la jornada por motivos familiares al módulo diario, ha eliminado de raíz cualquier posible interpretación flexible de este derecho favorable a su ejercicio sobre parámetros temporales superiores(50). La reducción de jornada ha de ser diaria, y dentro de los módulos cuantitativos legalmente: entre un octavo y la mitad de la jornada. Desde luego, la precisión incorporada en 2012 proporciona seguridad jurídica, teniendo en cuenta los tan dispares pronunciamientos judiciales que hasta el momento se han vertido, pero dificulta en la práctica su ejercicio. Y es que, insistimos, en muchas ocasiones la conciliación de los intereses laborales y personales no se logra solo trabajando menos horas, sino cuando las horas en las que se trabaja se distribuyen de forma adecuada para hacerlas compatibles con la atención del menor(51).

IV. RECAPITULACIONES

Como se ha visto en las páginas precedentes, desde los ordenamientos jurídico-laborales se vienen arbitrando, con mayor o menor intensidad, medidas e instrumentos que permitan a los trabajadores conciliar su vida familiar y profesional. Estas medidas adolecen, en su gran mayoría, de una serie de deficiencias y limitaciones que dificultan su plena efectividad.

(48) BALLESTER PASTOR, Mª A. "De cómo la reforma operada por el RDLey 3/2012 ha degradado el derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades". En: *Derecho Social*. Nº 57/2012, pp. 112-113.

(49) CHARRO BAENA, P. "La concreción horaria en la reducción de jornada por cuidado de hijo menor …". Ob. cit.

(50) MONTOYA MEDINA, D. "La conciliación de la vida laboral y familiar en la reforma laboral de 2012". Ubicado el 19/VII/2014 a 8:29 horas, en: <http://www.elderecho.com/laboral/conciliacion-vida-laboral-familiar-reforma_11_465055001.html>.

(51) HERRAIZ MARTÍN, M.S. "El Real Decreto-Ley 3/2012: luces y sombras en materia de conciliación de la vida laboral y familiar". En: I. García-Perrote y J.R. Mercader Uguina: *Reforma Laboral 2012*. Análisis práctico del RDL. 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Lex Nova, 2012, p. 281.

Por una parte, en ordenamientos jurídico-laborales como el peruano, la gran mayoría de las medidas diseñadas van dirigidas en exclusiva a la mujer trabajadora como titular exclusivo de los derechos reconocidos. Desde luego, en ocasiones es inevitable, pues, además de satisfacer la compatibilidad de responsabilidades familiares y las obligaciones profesionales, protegen la salud de la mujer durante el embarazo y el puerperio, o la salud del feto y del recién nacido lactante natural.

Fuera de los periodos de gestación y lactancia natural, todos los instrumentos de conciliación arbitrados por los ordenamientos deben reconocer derechos de titularidad indistinta para madre y padre trabajadores como "derechos parentales", y no poner como destinataria de la norma solo a la madre pues ello apareja dos resultados negativos: por un lado, acrecienta la impresión de que contratar a una mujer en edad de procrear o con hijos resulta más costoso que contratar a un hombre, y, por otro, se brinda un trato desigual, sin sustento objetivo, es decir, se discrimina al padre que trabaja y que también debiera tener derecho a gozar de ciertas facilidades para el cuidado de sus hijos(52).

Una vez alcanzado un nivel de protección frente a las responsabilidades familiares que implique el reconocimiento de derechos de titularidad indistinta para madre o padre trabajadores, quedará todavía un largo camino por recorrer. La realidad demuestra que sigue arraigado el reparto de papeles por sexos en nuestras sociedades, y –aunque la norma reconozca el derecho también a los varones– son las mujeres quienes ejercen los derechos de conciliación. Con ello se ha contribuido a afianzar la elusión de la responsabilidad masculina, replegando a las mujeres en su rol de cuidadoras del hogar, al que superponen el de trabajadoras la mayoría de las veces de segundo nivel con la consiguiente doble jornada (así lo demuestra el ordenamiento peruano cuando, en la licencia por adopción, si ambos padres laboran en el mismo centro de trabajo, determina que sea solo la mujer quien ejerza el derecho). En algunos ordenamientos jurídicos, como el español con el permiso de paternidad, se establecen medidas de corresponsabilidad directa, arbitrando instrumentos que en exclusiva los puede ejercitar el otro progenitor.

Por otra parte, y aunque las medidas de la conciliación de la vida familiar y laboral han conseguido penetrar, no sin dificultades, en un ámbito, el de la

(52) Cfr. BOZA PRÓ, Guillermo. "La madre trabajadora como sujeto laboral especialmente protegido en el ordenamiento peruano". Ob. cit., p. 95.

distribución del tiempo de trabajo, todavía dominado por el interés empresarial, por la eficiencia y la racionalidad económicas[53], se echan en falta medidas relacionadas con la distribución del tiempo de trabajo. Hasta el momento, en el mejor de los casos, se prevén instrumentos que permiten periodos de "ausencia" del trabajador a su puesto de trabajo. En este sentido, hoy por hoy, la reducción de la jornada laboral para el cuidado de hijos o de familiares dependientes prevista en el ordenamiento jurídico español parece la medida más adecuada, aunque conlleve reducción del monto salarial, para armonizar los intereses familiares y profesionales. Pero este tipo de medidas, aun positivas, siempre serán insuficientes y limitadas.

Se aboga por avanzar un paso más, y alcanzar lo que Ballester Pastor ha denominado *derechos de presencia,* esto es, que desde el ordenamiento laboral se permita una mayor flexibilidad del tiempo de trabajo en favor de los intereses familiares del trabajador. Como se dijo antes, no se trata de trabajar menos, sino de trabajar de otra forma; la flexibilidad en la ordenación del tiempo de trabajo no solo permitiría la mayor adaptación a las circunstancias particulares sino que limita los efectos negativos sobre el salario y evita el apartamiento o postergación profesional de quien hace uso de las medidas de conciliación. Se trataría, en suma, de buscar el equilibrio armonioso de los intereses familiares y laborales junto los intereses empresariales, pues el desconocimiento de estos últimos, a la postre, revertiría negativamente en los derechos de las trabajadoras y trabajadores. Por descontado, deben ir acompañadas de un aumento y una mejora de la calidad de los servicios de cuidado y atención de menores y personas mayores y dependientes.

No existen en el Perú medidas relacionadas con el empleo y distribución del tiempo de trabajo que, en todo caso siempre dependerán de la voluntad del empleador. Tampoco existe en el Perú una tradición consolidada de acuerdos adoptados vía convenio colectivo en los que se permita, entre otras cuestiones, establecer jornadas de trabajo favorables a la conciliación de la vida familiar y laboral. Antes bien, como es de verse de las normas legales antes mencionadas, es el empleador quien, normalmente, carga con las consecuencias de un mandato legislativo referido a la protección de la familia.

(53) VIVERO SERRANO, J.B. "La regulación española de la distribución del tiempo de trabajo ante los cambios económicos y sociales: la flexibilidad para empresarios y trabajadores como paradigma". Comunicación presentada al X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Sevilla, 2011, p. 4.

CONTROL DIFUSO, IMPUGNACIÓN DE LAUDOS Y APLICACIÓN DE NORMAS DEL RÉGIMEN GENERAL DE ARBITRAJE

Notas sobre la naturaleza del arbitraje en la negociacion colectiva

Julio César Franco Pérez[1]

PRESENTACIÓN

En el presente artículo se hace una revisión de algunos aspectos referidos al arbitraje en el marco de procesos de negociación colectiva laboral, con motivo de la emisión de una colección de sentencias pronunciadas por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (en adelante, la Corte Suprema) en calidad de instancia revisora[2].

Más allá de las especificidades del caso concreto, la Corte Suprema pone en debate diversos aspectos con relación al arbitraje en sede de negociación colectiva laboral, que formulamos aquí en los siguientes términos:

a) ¿Tienen los árbitros en negociación colectiva laboral potestad de control difuso?

---

(1) Abogado. Árbitro. Consultor laboral. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

(2) Se trata en especial de las Sentencias emitidas en vía de apelación por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en los Exps. Nºs 10517-2013-Lima del 27/06/2014; 10537-2013-Lima del 27/06/2014; 10565-2013-Lima del 27/06/2014; 13906-2013-Lima del 27/06/2014; Nº 6332-2013-Lima el 27/06/2014 y 12028-2013-Lima el 15/10/2014.

b) ¿Se puede aplicar supletoriamente al arbitraje laboral en negociación colectiva las normas generales del arbitraje?

c) ¿Es el recurso de impugnación de laudo arbitral en sede de negociación colectiva laboral uno sustancialmente distinto al de anulación que regula la norma general de arbitraje? En otros términos, ¿son o no aplicables al régimen de impugnación de los laudos arbitrales en negociación colectiva laboral también las disposiciones de la norma general de arbitraje? En relación con todo esto, ¿Cuáles son las causales que se pueden invocar para impugnar los laudos arbitrales emitidos en sede de negociación colectiva laboral? ¿Cuáles son los efectos de los pronunciamientos estimatorios de pretensiones impugnatorias de laudos arbitrales en negociación colectiva?

El marco esencial de fondo tras el planteamiento de esos temas e interrogantes puede ser planteado en los siguientes términos: ¿Es el arbitraje laboral en negociación colectiva uno sustancialmente distinto al que regula la norma general de arbitraje? Y si lo es, ¿cuáles son las diferencias y cuáles las consecuencias?

Pretendemos pues, debatir estas cuestiones, cuyo análisis demanda una profundidad y extensión mayores que los que podemos procurar en el presente artículo, por lo que presentaremos aproximaciones iniciales, reservando para ocasión posterior su abordaje en un marco de mayor amplitud e integralidad.

I. LA POTESTAD DE CONTROL DIFUSO EN EL ARBITRAJE LABORAL EN NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Al referirse a pronunciamientos emitidos en primera instancia por la Corte Superior de Justicia de Lima (en adelante, la Corte Superior), la Corte Suprema[3]

(3) "(…) la Sala Superior al emitir la sentencia de mérito, ha considerado que la aplicación del control difuso por parte del Tribunal se ha ajustado a derecho, omitiendo efectuar un análisis respecto a si el laudo analizado, corresponde a uno jurídico o de naturaleza económica, y en caso de ser el segundo, el cual implica crear derechos con efecto de convenio colectivo, si ante ello es posible aplicar el control difuso (…)" (Exp. Nº 10537-2013-Lima, 27/06/2014. Considerando Octavo); "(…) en el caso analizado, partiendo del contexto señalado (jurisprudencia y leyes), correspondía determinar si el ejercicio del control difuso es viable en sede arbitral, específicamente en aquel laudo en el que se resuelve un conflicto económico, cuyo producto es asimilable a un convenio colectivo; y cuya naturaleza jurídica es distinta al producto emanado de un laudo que resuelve un conflicto jurídico (asimilable a una sentencia judicial), y al que alude directamente el precedente vinculante constitucional recaído en el Expediente Nº 00142-2011-PA/TC al declarar viable el ejercicio de control difuso en sede arbitral" (Exp. Nº 10565-2013-Lima, 27/06/2014. Considerando Décimo Primero); La sentencia de primera instancia no "(…) analiza si el Tribunal Arbitral tiene facultad para efectuar el control difuso en los casos en que el laudo arbitral busque resolver conflictos jurídicos de naturaleza económica, como en el presente caso, o solo

pone en cuestión que la sala de origen haya considerado ajustado a derecho la aplicación del control difuso pese a que el laudo arbitral impugnado ha sido emitido con relación a un conflicto de naturaleza económica y no de naturaleza jurídica(4).

En atención a ello, dispone la Corte Suprema que la sala de primera instancia analice si el ejercicio del control difuso "(...) es viable en sede arbitral, específicamente en aquel laudo en el que se resuelve un conflicto económico, cuyo producto es asimilable a un convenio colectivo; y cuya naturaleza jurídica es distinta al producto emanado de un laudo que resuelve un conflicto jurídico (asimilable a una sentencia judicial), y al que alude directamente el precedente vinculante constitucional recaído en el Exp. Nº 00142-2011-PA/TC al declarar viable el ejercicio de control difuso en sede arbitral" (Exp. Nº 10565-2013-Lima, 27/06/2014. Considerando Décimo Primero).

1. Protección del orden constitucional y control difuso por los árbitros en la negociación colectiva

Como es ampliamente conocido, nuestro sistema jurídico-político tiene en la cúspide a la Constitución, la que reúne el conjunto de principios y normas generales que organizan la vida política, económica y social de nuestra comunidad(5).

El artículo 51 de dicho cuerpo político normativo contiene el principio de supremacía de la Constitución(6) y el artículo 138 contempla el poder-deber de las

---

resulta procedente en los casos en que resuelva conflictos jurídicos de naturaleza laboral". La sentencia de primera instancia no explica "(…) las razones por las que efectúa la aplicación supletoria de las normas del Decreto Legislativo Nº 1071 - Ley de Arbitraje al caso concreto, teniendo en cuenta que el inciso 3 del artículo 3 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo Nº 29497, atribuye como competencia material de las Salas Laborales superiores el conocimiento de la impugnación de laudo a arbitrales derivados de una negociación colectiva (naturaleza económica), de acuerdo con lo precisado por el artículo 66 del Decreto Supremo Nº 010-2003-TR (Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo), cuya pretensión será planteada siguiendo el proceso regulado en el Capítulo III del Título II de esta norma procesal" (Exp. Nº 13906-2013-Lima, 27/06/2014. Considerando Octavo).

(4) En los casos a que se refieren los pronunciamientos judiciales mencionados, los tribunales arbitrales respectivos inaplicaron al caso concreto las disposiciones de leyes de presupuesto que impedían el otorgamiento de beneficios económicos a los trabajadores de las entidades del Estado, concediendo tales beneficios.

(5) "En los actuales Estados constitucionales democráticos, la Constitución establece los principios fundamentales para la estabilidad jurídica y la gobernabilidad democrática, regulando tanto el Derecho Público como el Derecho Privado. Esta premisa se desprende de la noción de Constitución entendida no solo como norma política, sino también como norma jurídica suprema, manifestación del ordenamiento jurídico, pues en ella se encuentran las bases constitucionales de todas las disciplinas del Derecho". LANDA ARROYO, César. "El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En: *Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje*. Mario Castillo Freyre (editor) y Palestra Editores, Lima, 2009, pp. 15 y 16.

(6) Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 51.- Supremacía de la Constitución. "La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado".

autoridades judiciales de preferir la Constitución por sobre toda otra norma legal y a esta por sobre toda otra norma de rango inferior(7).

Al referirse a los alcances de esta disposición César Landa(8) comenta que si bien la potestad de aplicar el control difuso está, en principio, asignada a los jueces, "(...) ello no implica que dicha potestad sea privativa de las instancias jurisdiccionales puesto que, como es evidente, no solo estas se encuentran vinculadas por el principio de supremacía jurídica de la Constitución consagrado en el artículo 51 de la carta fundamental (...). Adicionalmente, se debe tener en consideración que ni el Estado ni los particulares se encuentran legitimados para vulnerar los derechos fundamentales de las personas, lo que podría ocurrir como consecuencia de la aplicación de determinadas normas legales manifiestamente contrarias a la Constitución (artículo 1 de la Constitución)".

La doctrina nacional mayoritaria(9) y El Tribunal Constitucional(10) (en ade-

(7) Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 138.- Administración de Justicia. Control difuso. "(...) En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior".

(8) LANDA ARROYO, César. Ob. cit., p. 31.

(9) Sobre el particular ver: LANDA ARROYO, César. Ob. cit., pp. 30 a 32; HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. "El control difuso en la jurisdicción arbitral". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Nº 91, Año II, Lima, 2006, pp. 17 a 24: SANTISTEBÁN DE NORIEGA, Jorge. "Arbitraje y Jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú". En: *Revista Peruana de Arbitraje*. Nº 2, Lima, 2006, pp. 37 y 38; y, SANTISTEBÁN DE NORIEGA, Jorge. "Tribunal Constitucional y Arbitraje: improcedencia del amparo contra resoluciones y laudos arbitrales, el control difuso en sede arbitral y el tratamiento de la recusación del tribunal arbitral (*in toto*)". En: *Revista Peruana de Arbitraje*. Nº 4. Lima, 2007, pp. 39 a 42. Asimismo, citando a RIVAROLA REISZ, J. Domingo. "Comentarios de la sentencia del Tribunal Constitucional: Los dilemas de constitucionalizar el arbitraje". En: *Revista Peruana de Arbitraje*. Nº 2, Lima, 2006, p. 579; dice César Landa (Ob. cit., p. 32): "Si bien el Tribunal Constitucional no ha tenido oportunidad de pronunciarse expresamente sobre la materia, coincidimos con el sector de la doctrina que se ha pronunciado favorablemente respecto de dicha posibilidad. En efecto, a partir de las consideraciones vertidas por el Tribunal Constitucional, se ha interpretado que: (...) los árbitros no podrían cumplir con la Constitución sin tener la facultad de inaplicar una ley contraria a ella".

(10) STC Exp. Nº 6167-2005-PHC/TC del 28/02/1986. "8. (...) resulta de aplicación en sede arbitral el artículo VI *in fine* del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional por el cual los jueces (y por extensión, también los árbitros) quedan vinculados a los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional; sin perjuicio del precedente vinculante con efectos normativos del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional". Lo mismo se reitera en el fundamento 22: "Por otro lado, el último párrafo del artículo 103 de la Constitución establece que esta no ampara el abuso del derecho, por lo que el ejercicio de poder jurisdiccional ordinario, y con mayor razón el excepcional, será legítimo si es ejercido en salvaguarda del cumplimiento de los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación que resulte de los mismos y de las resoluciones dictadas por este Tribunal (artículo VI *in fine* del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), el cumplimiento de las sentencias que constituyan precedente vinculante (art. VII del Código Procesal Constitucional) y el respeto al derecho a la tutela procesal efectiva (art. 4 del Código Procesal Constitucional). Ver también la STC Nº 0004-2006-PI/TC: "13. Como es de entender, las atribuciones jurisdiccionales, sea en sede judicial ordinaria, especial o cuasi jurisdiccional administrativa, se encuentran vinculadas al principio jurídico de supremacía constitucional señalado en el artículo 51 de la Constitución, en sus dos vertientes: Fuerza normativa positiva, aplicando las normas legales en base a las disposiciones constitucionales; y, fuerza normativa negativa, inaplicando la norma administrativa y/o legal que sea

lante, el TC) han interpretado, además, que la potestad y el deber de preferir las normas de jerarquía superior, empezando por la Constitución, por sobre las de menor jerarquía, siguiendo a este efecto, además, los preceptos y principios que emanan de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en tanto que supremo intérprete de la Constitución(11), se extiende también a los árbitros.

De otro lado, por sus fundamentos constitucionales, "(...) la potestad de los árbitros de aplicar el control difuso constituye no solo una facultad, sino también un deber, cuyo incumplimiento habilita la intervención de la justicia constitucional"(12).

En consecuencia, la no aplicación al caso concreto de una norma que colisiona con los principios y disposiciones constitucionales y con los principios y preceptos explicitados por el TC, vicia igualmente el laudo, el que puede ser impugnado por infracción a la Constitución, neutralizando la eficacia del arbitraje y del laudo y generando responsabilidad para los árbitros.

---

extraña a la Constitución. Pero, precisando que la calificación de lo inconstitucional radica en última instancia en esta sede constitucional concentrada, y que la inaplicación de una norma inconstitucional se producirá cuando exista jurisprudencia y/o precedentes vinculantes constitucionales, de conformidad con los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional"; y, la STC Exp. Nº 00142-2011-PA/TC: "25. Esto resulta más evidente aún si se tiene en cuenta que, conforme ya ha destacado este Tribunal, "el proceso arbitral tiene una doble dimensión pues, aunque es fundamentalmente subjetivo ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el artículo 51 de la Carta Magna; ambas dimensiones, (subjetiva y objetiva) son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y/o jurisprudencia" (STC Exp. Nº 6167-2005-PHC/TC, f. j. 11). En tal sentido, de presentarse en un proceso arbitral una incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los árbitros deben preferir la primera. 26. No obstante, el ejercicio del control difuso de constitucionalidad en la jurisdicción arbitral debe ser objeto, como se acaba de expresar, de modulación por este Supremo Intérprete de la Constitución, con el propósito de que cumpla debidamente su finalidad de garantizar la primacía de la Constitución y evitar así cualquier desviación en el uso de este control constitucional. Por ello, se instituye la siguiente regla: El control difuso de la jurisdicción arbitral se rige por las disposiciones del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia vinculante dictada por este Tribunal Constitucional sobre el control difuso. Sólo podrá ejercerse el control difuso de constitucionalidad sobre una norma aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral, siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución y además, se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes".

(11) Respecto a la fuerza vinculante general y la fuerza expansiva de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional se puede ver LANDA ARROYO, César. Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional. Entre el Derecho y la Política. 1ª ed., Palestra, Lima, 2011. pp. 17 a 19; GRANDEZ CASTRO, Pedro. Tribunal Constitucional y Argumentación Jurídica. 1ª edición. Palestra. Lima. 2010. Págs. 92- 93; GRANDEZ CASTRO, Pedro. "Artículo 201. Tribunal Constitucional". En: *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo.* Tomo III, 2ª ed., Director Walter Gutiérrez, Gaceta Jurídica, Lima. 2013. pp. 1082 a 1084; CASTILLO CÓRDOVA, Luis. El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial, 1ª ed., Palestra Editores, Lima, 2008, pp. 61 a 69 y 89 a 99. Adicionalmente, un desarrollo amplio de la jerarquía de las sentencias del Tribunal Constitucional y de su naturaleza de decisión que interpreta con la máxima fuerza jurídica las disposiciones constitucionales se encuentra en la STC Exp. Nº 04119-2005-PA/TC de fecha 29 de agosto de 2005.

(12) HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. Ob. cit., p. 24.

Por todo lo dicho, la obligación de preferir la Constitución por sobre toda otra norma legal de jerarquía inferior, es decir, de aplicar el control difuso, alcanza también a los árbitros que actúan en sede de negociación colectiva, quienes no pueden, en el ejercicio de su función resolutiva –instituida y garantizada por la Constitución y por los preceptos que emanan de los pronunciamientos del TC– respecto a las pretensiones relevantes para el sistema jurídico que someten a su consideración las partes, sustraerse del mandato de preferir la Constitución por sobre toda otra norma legal que la contradiga.

2. Base constitucional del arbitraje en la negociación colectiva y aplicación del control difuso

El arbitraje en sede de negociación colectiva laboral cuenta con una base jurídica de la mayor jerarquía, constituida por la norma contenida en el artículo 28, inciso 2, de la Constitución, que dispone: "El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: (...) 2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales (...)".

El TC[13] ha establecido que el mandato de fomento de la negociación colectiva "(...) se viabiliza a través de la expedición de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo para el caso de la actividad privada", en tanto que el mandato de promoción de las formas de solución pacífica de los conflictos laborales "(...) se viabiliza según la norma anotada, a través de los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje"

En consecuencia, el arbitraje como mecanismo de solución heterónoma del conflicto laboral colectivo tiene una base constitucional propia –de suyo, el artículo 28, inciso 2, de la Constitución– que, además, brinda especificidad a dicho arbitraje especial, complementando a tal efecto la regla general contenida en el artículo 139, inciso 1, de la carta constitucional.

Es imprescindible, entonces, que los árbitros que actúan en el marco de procesos de negociación colectiva laboral cuenten con todas las prerrogativas para cumplir a cabalidad y con eficacia la función resolutiva que la Constitución les asigna.

Siendo ello así, si una norma legal colisiona con la Constitución y les impide cumplir con su misión, deben tener los árbitros el poder para inaplicarla, prefiriendo la norma de jerarquía suprema.

(13) STC Exp. Nº 008-2005-AI de 12/08/2005, f. j. 35.

No existe entonces, desde esta línea de análisis, fundamento alguno para despojar a los árbitros que actúan en sede de negociación colectiva laboral de la potestad y de la obligación de preferir las normas Constitucionales por sobre las de jerarquía inferior.

Adicionalmente, un posible escenario de recorte de las atribuciones resolutivas que la Constitución asigna a los árbitros en sede de negociación colectiva, colisionaría con la garantía de autonomía que, a decir del TC, alcanza también a este arbitraje especial(14), al sujetar sus pronunciamientos a normas y resoluciones de nivel infraconstitucional.

3. El control difuso en el arbitraje laboral como sucedáneo del derecho fundamental a la negociación colectiva

Como se evidencia del marco constitucional citado, existe una estrecha relación entre el arbitraje como medio de solución pacífica de los conflictos colectivos y la eficacia del derecho fundamental a la negociación colectiva(15).

Como se sabe, además de estar reconocido y garantizado en el antes citado artículo 28.2 de la Constitución, el derecho fundamental a la negociación colectiva reside, como parte del derecho a la libertad sindical y también con reconocimiento expreso, en diversos tratados de Derechos Humanos, entre ellos, varios Convenios Internacionales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificados por el Perú(16).

Estas disposiciones internacionales se han incorporado al Derecho nacional en virtud de su ratificación por el Estado peruano(17), y forman parte del bloque de

(14) En la STC Exp. Nº 008-2005-AI, f. j. 38, el TC precisa los principales atributos del arbitraje laboral en la negociación colectiva: "Entre las principales características del arbitraje aparecen las siguientes:- Autonomía: Se despliega dentro del marco de la Constitución y la ley con plena capacidad y competencia para resolver el conflicto.- Solemnidad: Se lleva a cabo de manera formal y ritualista.- Reserva: Se lleva a cabo con sigilo y discreción en relación a las personas o entes ajenos al conflicto.- Vinculatoriedad: Genera consecuencias jurídicas obligatorias para las partes comprometidas en el arbitraje".

(15) Un amplio desarrollo de la base constitucional del arbitraje en el contexto del derecho fundamental a la negociación colectiva y sus consecuencias, con referencias a los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional al respecto, se encuentra en BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "La naturaleza del arbitraje en la negociación colectiva". En: *Soluciones Laborales*. Año 4, Nº 46, Gaceta Jurídica, octubre de 2011, pp. 13 a 20. Ver también FRANDO PÉREZ, Julio. "El arbitraje potestativo en la negociación colectiva según el Tribunal Constitucional". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 20, Nº 191, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2014, pp. 54 a 56.

(16) Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículo 23; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 22, numeral 1; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Artículo 8; Convenios Nº 87, Nº 98 y Nº 151 de la OIT.

(17) Constitución Política del Perú. 1993. Artículo 55. Tratados. "Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del Derecho nacional".

constitucionalidad del artículo 28 de la Constitución por lo que concurren a la interpretación de esta disposición constitucional(18).

De otro lado, ha quedado establecido en párrafos precedentes que el citado artículo 28, inciso 2, de la Constitución impone al Estado la obligación de promover los medios de solución pacífica de los conflictos laborales(19), entre los que se encuentra el arbitraje, según ha establecido el TC.

Ambos mandatos al Estado, esto es, el de fomento de la negociación colectiva y el de promoción de los medios de solución pacífica del conflicto laboral(20), que residen en el mismo inciso y artículo constitucional, son plenamente concurrentes y complementarios, de modo que los medios de solución pacífica de los conflictos laborales, entre ellos, el arbitraje, contribuyen a que la negociación colectiva, en tanto derecho fundamental se fortalezca y alcance sus fines, brindando una solución mancomunada al conflicto laboral colectivo(21).

---

(18) Constitución Política del Perú. 1993. Cuarta Disposición Final y Transitoria. "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú". En la misma línea, son pertinentes además, las siguientes disposiciones: Código Procesal Constitucional (Ley Nº 28237). Artículo V.- Interpretación de los Derechos Constitucionales. "El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte"; y, Nueva Ley Procesal del Trabajo (Ley Nº 29497). Artículo IV del Título Preliminar. "Los jueces laborales, bajo responsabilidad, imparten justicia con arreglo a la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley. Interpretan y aplican toda norma jurídica, incluyendo los convenios colectivos, según los principios y preceptos constitucionales, así como los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la República.". Igualmente, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el siguiente sentido: "Teniendo presente que los Convenios núms. 98, 151 y 154 desarrollan y complementan el derecho de negociación colectiva para que su ejercicio sea real y efectivo, este Tribunal considera que dichos convenios forman parte del bloque de constitucionalidad del artículo 28 de la Constitución, razón por la cual pueden ser entendidos como normas interpuestas al momento de evaluar los supuestos vicios de inconstitucionalidad de una ley sometida a control concreto o abstracto" (Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 17 de agosto de 2009 en el Exp. Nº 03561-2009-AA, f. j. 18).

(19) Carlos Blancas ha desarrollado las implicancias de la preferencia de la Constitución por los medios de solución pacífica de los conflictos laborales. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Ob. cit., p. 15. Ver también FRANCO PÉREZ, Julio. Ob. cit., pp. 55 y 56; y, "El arbitraje potestativo en las sentencias del Tribunal Constitucional". En: *Análisis Laboral*. Nº 444, Asesoramiento y Análisis Laboral, Lima, junio de 2014, p. 11.

(20) Respecto a la importancia de estas disposiciones el Tribunal Constitucional destaca que: "El artículo 28 de al Constitución garantiza el derecho a la negociación colectiva, imponiéndole al Estado el deber de fomentar y de promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo. A través de su ejercicio, se busca la finalidad de lograr el bienestar y la justicia social en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social" (STC Exp. Nº 02566-2012-PA/TC, f. j. 3 del voto de los magistrados Vergara Gotelli, Eto Cruz y Álvarez Miranda que hace sentencia).

(21) Esta solución mancomunada, en atención a los fines que menciona el TC en la STC Exp. Nº 02566-2012-PA/TC se logra a través de la participación de ambas partes en el arbitraje, con la presentación de las informaciones y fundamentaciones que aportan y de las propuestas finales de solución al diferendo que

Con relación a todo esto, es relevante además, recordar que el TC ha destacado que los medios de solución pacífica del conflicto laboral, entre ellos, el arbitraje, responden a la finalidad de impedir que tal conflicto quede abierto y se prolongue indefinidamente. Con ello se busca consolidar la paz social y preservar el normal desarrollo de las actividades económicas, al tiempo que se da satisfacción a las pretensiones de las partes[22][23].

En consecuencia, en este régimen de integralidad, el debilitamiento del arbitraje laboral, por ejemplo, privando a los árbitros del poder de cumplir con su obligación de preferir la Constitución, conduce también a restar eficacia al ejercicio del derecho fundamental a la negociación colectiva.

Por todo ello, los árbitros que actúan en sede de negociación colectiva deben contar con las prerrogativas que les permitan actuar en armonía con el carácter fundamental del derecho a la negociación colectiva, preservando, de ser el caso, este derecho frente a normas legales que lesionen su fundamentalidad y, por ello, colisionen con la Constitución.

De otro lado, en un escenario en el que se les despoje de la potestad de control difuso que ahora ostenta, el arbitraje en sede de negociación colectiva laboral se constituiría en un instrumento auxiliar de las agresiones a la fundamentalidad del derecho de negociación colectiva, al verse forzado a aplicar normas legales contrarias a la Constitución.

Es pertinente agregar que en pronunciamientos anteriores la misma Sala de la Corte Suprema –aunque con otra composición de magistrados– ha validado la no aplicación por los tribunales arbitrales de leyes que consideraron contrarias a la Constitución[24], centrando la Corte Suprema su análisis en la le-

---

someten a consideración de los árbitros, así como del análisis que estos hacen de la situación económica, financiera y laboral de las mismas y del escenario y contexto de la negociación.

(22) En la STC Exp. Nº 008-2005-AI, de fecha 12/08/2005, f. j. 35, el Tribunal Constitucional ha establecido que el deber de promoción de formas de solución pacífica de los conflictos laborales "(...) se justifica en razón de las dos consideraciones siguientes: Asegurar que el desacuerdo entre los agentes negociadores no se prolongue indefinidamente en el tiempo, de modo que se consolide la paz laboral y el normal desarrollo de la actividad económica. Otorgar satisfacción mancomunada, por la vía pacífica, a las pretensiones de las partes contendientes en el conflicto laboral".

(23) Estas funciones del arbitraje se han fortalecido al interpretar el Tribunal Constitucional que el arbitraje en la negociación colectiva es de naturaleza potestativa, por lo que, a falta de acuerdo de partes en las etapas de negociación directa o de conciliación, de ser el caso, el arbitraje procede con la sola decisión de una de las partes en tal sentido, siempre que los trabajadores no hayan recurrido a la huelga. De ser este el caso, el arbitraje será posible si es que se cuenta con la aceptación del empleador.

(24) Así por ejemplo, en la STC Exp. Nº 1426-2010-Arequipa, emitida el 26 de mayo de 2011, la Corte Suprema, luego de recordar que el arbitraje en materia laboral es una forma de solución pacífica de los conflictos colectivos que el Estado está en la obligación de promover, afirma que señala que "no puede luego actuar válidamente en contradicción con este mandato, por lo que el recortar las posibilidades de

sión que tales normas legales ocasionan al derecho fundamental a la negociación colectiva.

II. APLICACIÓN DE LAS NORMAS GENERALES DE ARBITRAJE (D.L. Nº 1071) AL ARBITRAJE EN NEGOCIACIÓN COLECTIVA LABORAL

En los pronunciamientos que motivan el presente artículo, cuestiona la Corte Suprema[25] que el órgano de primera instancia no haya explicado las razones por las que procedería la aplicación supletoria de las normas del Decreto Legislativo Nº 1071 al caso concreto, pese a la naturaleza de esta norma jurídica –se entiende, pertinente para los arbitrajes de Derecho– y al origen del laudo arbitral impugnado con ocasión del conflicto laboral colectivo. En tal sentido, alude de la Corte Suprema al inciso 3 del artículo 3 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (en adelante, NLPT), Ley Nº 29497, que atribuye a las Salas Laborales Superiores la competencia material para conocer de la impugnación de los laudos a

---

actuación del arbitraje o de cualquier otro medio pacífico de solución de controversias, contravendría los derechos y valores constitucionales expresamente recogidos en nuestra norma suprema". Luego agrega, refiriéndose al derecho de negociación colectiva que "(...) encontrándonos ante un derecho constitucional que debe fomentarse, promoverse o apoyarse, las restricciones a que se someta no pueden desnaturalizarlo ni afectar su contenido esencial: remuneraciones y condiciones de trabajo, y empleo y regulación de las relaciones entre los sujetos colectivos firmantes". Finalmente, afirma que, al no existir derechos absolutos, el derecho a la negociación colectiva puede ser objeto de limitaciones "(...) en tanto no se afecte su contenido esencial y siempre que la limitación buscada responda a un fin legítimo, idóneo y necesario para conseguirlo; los cuales conforme a lo dispuesto por el Comité de Libertad Sindical de la OIT podría responder a una situación de grave crisis económica que requiera una política de estabilización por parte del Estado para disponer imitaciones al contenido de la negociación colectiva, fundamentalmente en materia salarial, siempre y cuando dichas limitaciones: a) sean precedidas por consultas a las organizaciones de trabajadores y empleadores; b) se apliquen de manera excepcional; c) se limiten a lo necesario; d) no excedan un periodo razonable; y, e) vengan acompañadas de garantías dirigidas a proteger el nivel de vida de los trabajadores. (Cfr. *Recopilación de Decisiones y Principios del Comité de Libertad Sindical de la OIT*. Ginebra. 1996, párrafo 882)". Finalmente, refiriéndose a la norma legal no aplicada por el tribunal arbitral, concluye que la disposición contenida en el artículo 8 literal a) de la Ley Nº 28652, que establece la prohibición para efectuar incrementos y reajustes en las remuneraciones durante el año dos mil seis desconoce el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva y no cumple con el test desarrollado por el Comité de Libertad Sindical de la OIT al que ha hecho referencia anteriormente.

(25) "(...) el órgano de primera instancia no realiza ninguna justificación coherente, explicando las razones por las que procedería la aplicación supletoria de las normas del Decreto Legislativo Nº 1071 al caso concreto, debiendo considerar la naturaleza jurídica de la norma jurídica y el origen del laudo arbitral impugnado con ocasión del conflicto aboral (...)" (Exp. Nº 10517-2013-Lima, 27/06/2014. Considerando Tercero, 3.3); La sentencia de primera instancia no explica "(...) las razones por las que efectúa la aplicación supletoria de las normas del Decreto Legislativo Nº 1071 - Ley de Arbitraje al caso concreto, teniendo en cuenta que el inciso 3 del artículo 3 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo Nº 29497, atribuye como competencia material de las Salas Laborales superiores el conocimiento de la impugnación de laudo a arbitrales derivados de una negociación colectiva (naturaleza económica), de acuerdo con lo precisado por el artículo 66 del Decreto Supremo Nº 010-2003-TR (Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo), cuya pretensión será planteada siguiendo el proceso regulado en el Capítulo III del Título II de esta norma procesal" (Exp. Nº 13906-2013-Lima, 27/06/2014, Considerando Octavo);

arbitrales derivados de una negociación colectiva (naturaleza económica), planteada por las causales contempladas en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante, LRCT)[26], pretensión que se sujeta al proceso regulado en el Capítulo III del Título II de la NLPT.

Al respecto, es pertinente recordar que la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo Nº 1071, se aplica en forma supletoria a todas las demás modalidades de arbitraje, al disponerlo en tales términos el artículo 1 de dicho cuerpo normativo[27].

Esta disposición consagra la vocación general de la Ley de Arbitraje, que establece el marco general de actuación de cualquier modalidad de arbitraje que se regule por reglas especiales. También reconoce el principio según el cual, tratándose de normas de igual jerarquía, la ley especial prima sobre la general.

Es pertinente, además, recordar que existen en nuestro ordenamiento jurídico normas especiales sobre arbitraje en distintos ámbitos, como, por ejemplo, en materia de Contrataciones del Estado, de derechos del consumidor y de conflictos laborales[28]. En todos estos casos, la Ley de Arbitraje suple los vacíos y lagunas que subsisten en la legislación especializada.

Cierto es que, como corresponde a la aplicación supletoria, las normas de la Ley de Arbitraje se aplican al arbitraje en sede de negociación colectiva en todo aquello que no esté regulado por la LRCT, en su calidad de norma especial y en tanto resulten compatibles con estas.

Ello deja un amplio espacio para la aplicación de las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo Nº 1071 al arbitraje en el marco de procesos de negociación colectiva laboral.

Sin pretender una enumeración exhaustiva, sino solo a modo de ejemplo, en lo que atañe al arbitraje en negociación colectiva laboral, se regulan por las disposiciones de la noma general de arbitraje la recusación de los árbitros y su

(26) Cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por Decreto Supremo Nº 010-2003-TR.

(27) Decreto Legislativo Nº 1071. Artículo 1.- Ámbito de aplicación. 1. El presente Decreto Legislativo se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio peruano, sea el arbitraje de carácter nacional o internacional; sin perjuicio de lo establecido en tratados o acuerdos internacionales de los que el Perú sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje, en cuyo caso las normas de este Decreto Legislativo serán de aplicación supletoria (...)".

(28) "Además, la Ley de Arbitraje resulta aplicable, entre otros, a los arbitrajes en materia laboral" (CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. "Comentario al artículo 1. Ámbito de Aplicación". En: *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. (coordinadores), 1ª ed., Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y de Inversiones - IPA, Lima, 2011, p. 7).

solución, el deber de revelación, el trámite de incidentes con ocasión de las actuaciones arbitrales, los pronunciamientos parciales que pueden emitir los árbitros en el curso de las actuaciones arbitrales, los efectos que se derivan de un pronunciamiento jurisdiccional estimatorio de una pretensión de nulidad, entre otros aspectos relevantes.

No obstante, los cuestionamientos formulados por la Corte Suprema en los que se alude a la distinta naturaleza del arbitraje de derecho y del que opera en sede de negociación colectiva laboral, referido este segundo a un conflicto económico y no de aplicación de normas, abre una ventana de duda respecto a la aplicación de la Ley de Arbitraje en otras áreas de suma trascendencia.

Tal es el caso, específicamente, de las disposiciones de la norma general de arbitraje referidas a la no interferencia de la autoridad judicial y de la autonomía de los árbitros respecto a las autoridades estatales, contenidas en el artículo 3 de la Ley de Arbitraje[29].

Este es un aspecto de especial trascendencia, pues se han producido algunos casos en los que el poder judicial ha emitido resoluciones que han impedido el inicio del arbitraje en negociación colectiva o lo han interrumpido, por lo general por la vía de medidas cautelares, que luego han sido revertidas por las instancias superiores.

A la luz de los fundamentos constitucionales del arbitraje en sede de negociación colectiva y de la naturaleza fundamental del derecho a la negociación colectiva que reconocen y garantizan la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Perú, citados en pasajes anteriores, debe entenderse que la prohibición de interferencia judicial y de otras autoridades del Estado en el arbitraje en negociación colectiva está vedada en nuestro ordenamiento jurídico.

---

(29) Decreto Legislativo Nº 1071. "Artículo 3.- Principios y derechos de la función arbitral.

1. En los asuntos que se rijan por este Decreto Legislativo no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga.

2. El tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones.

3. El tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo.

4. Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad".

Por los mismos fundamentos, principios y normas de jerarquía suprema, se debe entender que son aplicables al arbitraje en sede de negociación colectiva laboral todas aquellas disposiciones contenidas en la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo Nº 1071) que garantizan el inicio, el desarrollo y conclusión del arbitraje, la conservación y eficacia del laudo arbitral y la autonomía plena de los árbitros en el ejercicio de sus funciones y, en especial, en la libertad para dirimir el conflicto laboral colectivo.

Como se ha comentado antes respecto a de la facultad/obligación de aplicar el control difuso, privar al arbitraje en negociación colectiva laboral de la garantía de no interferencia judicial conduciría a neutralizar la eficacia de este arbitraje especial como mecanismo de solución pacífica del conflicto laboral y como sucedáneo del derecho fundamental de negociación colectiva.

III. EL RECURSO DE IMPUGNACIÓN Y DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

Dice también la Corte Suprema[30], con relación a lo antes resuelto por la

(30) La sentencia en revisión señala que la pretensión es de "anulación del laudo arbitral" sin haber advertido que la demanda fue admitida como de "impugnación de laudo arbitral derivado de negociación colectiva". (Exp. Nº 10517-2013-Lima, 27/06/2014. Considerando Segundo, 2.2). "El artículo 3 de la Ley Nº 29497, en sus incisos 2 y 3 distingue las pretensiones de "Anulación de laudo arbitral que resuelve un conflicto jurídico de naturaleza laboral" el cual debe ser tramitado conforme a la ley de arbitraje, esto es el Decreto Legislativo Nº 1071, de la pretensión de "Impugnación de laudos arbitrales derivados de una negociación colectiva, a ser tramitada conforme al procedimiento establecido en la presente ley"; distinción de pretensiones y régimen legal aplicable, que no ha tenido presente la sentencia de primera instancia al momento de resolver" (Exp. Nº 10517-2013-Lima, 27/06/2014. Considerando Segundo, 2.3). La sentencia impugnada "(...) ha desarrollado el pronunciamiento aplicando indistintamente las normas de la Ley de Negociaciones Colectivas y Ley de Arbitraje (...)", sin advertir "(...) que las disposiciones legales citadas están referidas a supuestos diferentes, así en el primer caso se refiere a los supuestos de impugnación del laudo, y en el segundo a supuestos de anulación del laudo arbitral" (Exp. Nº 10517-2013-Lima, 27/06/2014. Considerando Segundo, 2.4). La sentencia de mérito incurre en una confusión de categorías jurídicas al aceptar "(...) que el presente proceso verse sobre 'anulación' del laudo arbitral invocando las causales contenidas en el artículo 63 del Decreto Legislativo Nº 1071; omitiendo de esta forma considerar que el mismo trata específicamente sobre 'impugnación' del laudo arbitral, conforme a las causales contenidas en los artículos 66 y 65, también del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobadas por Decreto Supremo Nº 010-2003-TR; y que como tal encaja dentro de la competencia material a que se contrae el artículo 3 inciso 3 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley Nº 29497, concordante con las disposiciones del Capítulo III de la misma norma (arts. 50, 51, 52 y 53). En tal contexto, aún cuando la demandante haya invocado –de manera concordada– el artículo 63 numeral 1 del Decreto Legislativo Nº 1071, correspondía a la Sala de mérito analizar la viabilidad de la aplicación supletoria de dicho dispositivo normativo para una causal de nulidad a que hace referencia el artículo 66 inciso a) del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobadas por Decreto Supremo Nº 010-2003-TR (...)". (Exp. Nº 10565-2013-Lima, 27/06/2014. Considerando Décimo Segundo). La sentencia de primera instancia no explica "(…) las razones por las que efectúa la aplicación supletoria de las normas del Decreto Legislativo Nº 1071 - Ley de Arbitraje al caso concreto, teniendo en cuenta que el inciso 3 del artículo 3 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo Nº 29497, atribuye como competencia material de las Salas Laborales superiores el conocimiento de la impugnación de laudo a arbitrales derivados de una negociación colectiva (naturaleza económica), de acuerdo con lo precisado por el artículo 66 del Decreto Supremo Nº 010-2003-TR (Texto Único

Corte Superior, que se debe distinguir entre la "impugnación del laudo arbitral", a que se refiere el artículo 66 de la LRCT, cuya competencia material y procedimiento se regulan en la NLPT, de la "anulación de laudo arbitral", a que se refieren los artículos 62 y siguientes de la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo Nº 1071 y que se tramita según las disposiciones contenidas en este cuerpo normativo

Agrega que esta distinción está recogida en el artículo 3[31], incisos 2 y 3, de la NLPT, que dispone que las pretensiones de "Anulación de laudo arbitral que resuelve un conflicto jurídico de naturaleza laboral" se tramitan conforme a la ley de arbitraje (Decreto Legislativo Nº 1071), en tanto que las de "Impugnación de laudos arbitrales derivados de una negociación colectiva" se tramitan conforme al procedimiento establecido en aquella.

En consecuencia, la NLPT, contiene un tratamiento distinto para el control de los laudos laborales en sede judicial, puesto que las reglas procesales varían en función de la naturaleza del arbitraje, de modo que si se trata de un arbitraje jurídico la vía impugnatoria será la de "anulación de laudo" y debe ser tramitada conforme a la ley de arbitraje, en tanto que si se trata de un arbitraje económico, el mecanismo impugnatorio será el de la "impugnación de laudo", la que debe ser tramitada conforme al procedimiento establecido en la NLPT.

1. La intervención de la jurisdicción en el arbitraje

Estructuralmente, el tema de la impugnación de los laudos arbitrales se inscribe en el más amplio de las relaciones entre jurisdicción y arbitraje[32]. A partir de ello, se suscitan varios tópicos de los cuales apenas enunciamos algunos, reservando su tratamiento en profundidad para ocasión posterior.

Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo), cuya pretensión será planteada siguiendo el proceso regulado en el Capítulo III del Título II de esta norma procesal. (Exp. Nº 13906-2013-Lima, 27/06/2014. Considerando Octavo).

(31) Ley Nº 29497. Artículo 3.- Competencia por materia de las salas laborales superior.

"Las salas laborales de las cortes superiores tienen competencia, en primera instancia, en las materias siguientes: (...)

2. Anulación de laudo arbitral que resuelve un conflicto jurídico de naturaleza laboral, a ser tramitada conforme a la ley de arbitraje.

3. Impugnación de laudos arbitrales derivados de una negociación colectiva, a ser tramitada conforme al procedimiento establecido en la presente (...)".

(32) Una exposición amplia de estos vínculos se encuentran en LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y arbitraje*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2010. Respecto al mismo tema y al control de constitucionalidad de los laudos arbitrales, GARCÍA ASCENCIOS, Frank. *Amparo versus arbitraje. Improcedencia del amparo contra laudos arbitrales*. 1ª ed., Editorial Adrus S.R.L. Lima, 2012. También se tiene una exposición amplia del instituto de la impugnación de laudos arbitrales en ALVA NAVARRO, Esteban. *La anulación del laudo*. Vol. 14, Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Palestra Editores S.A.C., Lima, 2011.

Uno de ellos se refiere a la extensión al arbitraje laboral en negociación colectiva de las reglas contenidas en la Ley de Arbitraje que regulan, precisamente, las relaciones entre judicatura y arbitraje, en especial, las contenidas en el artículo 3[33] del Decreto Legislativo Nº 1071.

Hemos opinado en este mismo trabajo, que es esencial que se considere que estas disposiciones son también aplicables respecto a las relaciones entre la judicatura y el arbitraje en sede de negociación colectiva laboral[34].

Por cierto, como se ha dicho antes, en lo que atañe al arbitraje laboral en la negociación colectiva, se deben concordar las normas de la Ley de Arbitraje con las que contiene la LRCT, atendiendo a las particularidades del arbitraje que esta última regula, a la orientación del instituto a la solución pacífica del conflicto laboral colectivo y al carácter fundamental del derecho a la negociación colectiva.

2. "Impugnación" y "anulación" judicial de laudos arbitrales

Es pertinente comentar que, en materia procesal, dicho esto en términos generales y resumidos, la impugnación[35] es el acto por el cual se cuestiona la decisión de una autoridad para evitar que adquiera firmeza[36]. La arquitectura normativa de los medios de impugnación tiene cuando menos los siguientes componentes:

---

(33) Decreto Legislativo Nº 1071. Artículo 3.- Principios y derechos de la función arbitral.

"1. En los asuntos que se rijan por este Decreto Legislativo no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga.

2. El tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones.

3. El tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo.

4. Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad.

(34) Ver el punto II de este artículo.

(35) No corresponde aquí adentrarnos en las complejidades de la teoría de la impugnación y de su construcción normativa y jurisprudencial.

(36) Para el Código Procesal Civil, artículo 355, "Mediante los medios impugnatorios las partes o terceros legitimados solicitan que se anule o revoque, total o parcialmente, un acto procesal presuntamente afectado por vicio o error." Martín Hurtado Reyes indica que "El vocablo "impugnar" implica de alguna forma "combatir", "cuestionar", "atacar" a decir de Satta, es la forma por la cual el justiciable se enfrenta a una decisión para buscar su rescisión, sustitución o ambos a la vez". (HURTADO REYES, Martín. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. 1ª ed., Idemsa, Lima, 2009, p. 839). En nuestro texto utilizamos intencionadamente el término "firmeza", que tiene una mayor amplitud de alcance, y no "autoridad" o "efectos" de "cosa juzgada", para eludir, por el momento, el debate sobre los atributos, fuerza o efectos del laudo arbitral.

a) Se ejercen por vía recursiva[37], es decir, a instancia de parte, como una extensión del proceso[38], aunque, por lo general, para ser resueltas por autoridad distinta a la que emitió la decisión impugnada, aunque también existen las que pueden ser resueltas por la misma autoridad. En consecuencia, en sentido procesal estricto, la impugnación no se interpone como una nueva demanda, ni da lugar a un proceso autónomo, ni se tramita como tal[39].

b) Los medios o recursos en los cuales se concretan las impugnaciones deben estar contemplados de manera expresa y en catálogo cerrado en la legislación[40].

c) Proceden ante causales contempladas en la norma procesal en forma específica para cada medio o recurso impugnativo.

d) Se tramitan, además, luego de cumplirse las condiciones o requisitos para su admisión o procedencia y, por cierto, bajo normas de procedimiento expresas.

e) Tienen efectos específicos, también asignados en las normas procesales respecto de la decisión que ampare la impugnación.

Es claro, entonces, que existe entre "impugnación", de un lado, y "medios de impugnación" o "recursos impugnativos", de otro, una relación de "género" a "especie". En consecuencia, si nos apegamos a una técnica normativa rigurosa, cualquier alusión al derecho de las partes de impugnar un laudo arbitral debería ser seguida de la indicación del medio o recurso impugnativo habilitado por la legislación para tal efecto, de las reglas procesales para ello y de los efectos de la decisión estimatoria de la impugnación.

---

(37) Un amplio desarrollo sobre este tema, no libre de controversia, se encuentra en ALVA NAVARRO, Esteban. Ob. cit., pp. 45 a 59.

(38) Evidentemente, en relación con nuestro tema, no como parte del proceso arbitral, pero si como una fase subsiguiente, no siempre presente, de control de legalidad.

(39) Cierto es que, en sentido procesal amplio, se puede decir que una demanda de amparo constitucional, interpuesta según las reglas que contiene el Código Procesal Constitucional, o una demanda en la que se postula la existencia de fraude en el proceso que conduce a una resolución o en esta misma, interpuesta bajo la cobertura del artículo 178 del Código Procesal Civil, son también formas de impugnación, aunque ello no es del todo riguroso en sentido procesal restringido.

(40) Así por ejemplo, en el Código Procesal Constitucional solo se admiten como recurso impugnativos el de apelación en casos de hábeas corpus (artículo 35), amparo (art. 57), hábeas data (arts. 57 y 65), cumplimiento (arts. 57 y 74) y acción popular (art. 93); el Código Procesal Civil contempla los recursos de reposición (art. 362), apelación (art. 364), que contiene intrínsecamente el de nulidad (art. 382), el de casación (art. 384) y el de queja (art. 401); la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley Nº 29497, contempla los recursos de apelación (art. 32) y casación (art. 34), además de los recursos de reposición y de queja en virtud de la aplicación supletoria del Código Procesal Civil, que dispone la Primera Disposición Complementaria de la NLPT.

Como se verá más adelante, en el caso de la impugnación de laudo arbitrales derivados de la negociación colectiva, la regulación vigente es en extremo defectuosa, conduciendo ello a que se sostuviera, incluso después de la emisión de la NLPT, que se podía cuestionar los laudos arbitrales derivados de la negociación colectiva a través del recurso de "anulación" contemplado en la Ley de Arbitraje(41), invocando, en forma independiente o combinada, las causales contempladas en esta norma y en la LRCT, asumiendo que se trataba de un mismo recurso, si bien tramitándose la impugnación, bajo las reglas instituidas en la NLPT.

3. "Impugnación" o "anulación" de laudos arbitrales derivados de la negociación colectiva

La primera disposición a considerar es el artículo 66 de la LRCT, cuyo texto es el siguiente:

> "**Artículo 66**(42).- El laudo, cualquiera sea la modalidad del órgano arbitral, es inapelable y tiene carácter imperativo para ambas partes.

(41) Coinciden en esto la mayoría de autores en la doctrina nacional, si bien en otros casos los pronunciamientos no son tan claros. En efecto, VINATEA RECOBA, Luis y TOYAMA MIYAGUSUKU (Ob. cit., p. 273) se refieren a la impugnación del laudo ante el Poder Judicial en los supuestos contemplados en el artículo 66 de la LRCT, aunque luego aluden a que deben tomarse en cuenta también las causales de anulación del laudo arbitral previstas por el artículo 63 del Decreto Legislativo Nº 1071, en cuanto sea aplicable al arbitraje laboral colectivo. Para LIMAS VÁSQUEZ y CASTAÑEDA VELÁSQUEZ (Ob. cit., pp. 564 a 566) la vía de impugnación del laudo arbitral es el recurso de anulación, aludiendo como equivalentes a dicho recurso y a la impugnación del laudo arbitral, integrando para el caso las causales contempladas en la LRCT y en el Decreto Legislativo Nº 1071. Igualmente, Jorge Ágreda Aliaga, si bien expresa sus dudas iniciales respecto al alcance de la nulidad como causal de impugnación del laudo en la LRCT, considera luego que "(...) se entiende que esta "nulidad" se refiere a la nulidad contenida en los artículos 62 y 63 del Decreto Legislativo Nº 1071. Dicha posición ha sido adoptada por la jurisprudencia nacional. en donde queda claramente establecido que son causales de anulación del laudo aquellas que se encuentran reguladas en las normas que regulan el arbitraje" (AGREDA ALIAGA, Jorge. "La impugnación de laudos arbitrales económicos". En: *Manual de la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2010, pp. 237 a 244).

(42) El texto original del artículo 66 consignado en la Ley Nº 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, era el siguiente:

"Artículo 66.- El laudo, cualquiera sea la modalidad del órgano arbitral, es inapelable y tiene carácter imperativo para ambas partes.

Es susceptible de contradicción por vía de la acción contencioso-administrativa, en los casos siguientes:

a) Por razón de nulidad.

b) Por establecer menores derechos a los contemplados por la ley en favor de los trabajadores.

La interposición de la acción impugnatoria no impide ni posterga la ejecución del laudo arbitral, salvo resolución contraria de la autoridad judicial competente".

Este texto fue modificado mediante una fe de erratas que sustituyó la mención a la "(...) contradicción por vía de acción contencioso administrativa (...)" por la de "(...) impugnación ante la Sala Laboral de la Corte Superior (...)" que aparece en el texto vigente.

> Es susceptible de impugnación ante la Sala Laboral de la Corte Superior, en los casos siguientes:
>
> a) Por razón de nulidad.
>
> b) Por establecer menores derechos a los contemplados por la ley en favor de los trabajadores.
>
> La interposición de la acción impugnatoria no impide ni posterga la ejecución del laudo arbitral, salvo resolución contraria de la autoridad judicial competente".

Igualmente, la NLPT alude en varios pasajes a la "impugnación de laudos arbitrales derivados de una negociación colectiva" (art. 3, inc. 3) y, en expresión que en dicha ley es equivalente, a la "impugnación de laudos arbitrales económicos" (arts. 32 y 33 y Título II, Capítulo III), precisando además su trámite en primera y en segunda instancia.

De ello queda claro que el laudo arbitral derivado de la negociación colectiva no puede ser impugnado por la vía del recurso de apelación, pues, en general, no se consiente que la autoridad judicial pueda revisar el fondo de lo resuelto en un laudo arbitral, incluso si este corresponde al ámbito de la negociación colectiva laboral, pues, esta garantía se asocia a la naturaleza del arbitraje como medio alternativo y autónomo de solución de los conflictos(43).

Es esa la justificación del carácter de inapelable que asigna a tales laudos el citado artículo 66 de la LRCT(44). Sobre esto existe, además, plena coincidencia en la doctrina nacional(45).

---

(43) Esta garantía que asiste a los laudos arbitrales derivados de la negociación colectiva, es la misma que protege a los laudos que resuelven conflictos jurídicos, según se puede ver en los artículos 59.1 y 62.1 de la Ley de Arbitraje.

(44) No obstante una impugnación puede incidir sobre el fondo del laudo cuando este ha afectado derechos irrenunciables de los trabajadores, o establece menores derechos que los contemplados en la ley o vulnera el derecho fundamental al debido proceso. Sobre el amparo como vía de impugnación de los laudos arbitrales laborales ver PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "El arbitraje en materia constitucional y el amparo constitucional". En *Revista Peruana de Derecho Constitucional*. Nº 4, Control Constitucional y Arbitraje. Nueva Época, Edición Especial, Tribunal Constitucional del Perú, Lima, 2011, pp. 127 a 142.

(45) VINATEA RECOBA, Luis y TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge (directores). *Análisis y comentarios de la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, noviembre de 2012, pp. 272 y 273; LIMAS VÁSQUEZ, Rocío y CASTAÑEDA VELÁSQUEZ, Elvira. "El proceso de impugnación de laudos arbitrales económicos en la NLPT". En: *Estudios sobre la nueva Ley Procesal del Trabajo*. Jurista Editores E.I.R.L., Lima, noviembre de 2011, pp. 564 y 565; GARCÍA MANRIQUE, Álvaro. "Proceso impugnativo de laudos arbitrales económicos". En: *El nuevo proceso laboral*. 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, octubre de 2011, pp. 160 y 161.

De otro lado, como lo deja entender la Corte Suprema, la LRCT ha instituido una nueva vía procesal específica para la impugnación de los laudos mencionados, pero de manera en extremo defectuosa, pues, usa la expresión genérica "impugnación", que alude desde siempre a los actos procesales de cuestionamiento del laudo y, contra el rigor y la técnica jurídica, le asigna el significado de vía o instrumento específico, por lo tanto, se supone, distinto al recurso de "anulación" que incorpora la norma general de arbitraje, aunque en esencia se trate de lo mismo.

Con la NLPT y con los recientes pronunciamientos de la Corte Suprema, mencionados en el presente artículo, se ha aclarado que la "anulación" de laudos referidos a conflictos jurídicos y la "impugnación" de laudos derivados de la negociación colectiva son vías o instrumentos impugnativos distintos

Nada impedía referirse a este recurso como de "anulación" de laudos derivados de la negociación colectiva, rodeándolo de las precisiones procedimentales que armonicen con la especialidad del ámbito laboral colectivo al que corresponden tales laudos y, en especial, con el carácter fundamental del derecho de negociación colectiva, en cuya sede se emiten.

Así pues, en virtud de las normas especiales mencionadas, los laudos arbitrales derivados de la negociación colectiva solo pueden ser impugnados por la vía del recurso de "impugnación" y no por el de "anulación".

4. Causales de impugnación de laudos arbitrales derivados de la negociación colectiva

Como se sabe, el artículo 66 de la LRCT dispone que el laudo arbitral puede ser impugnado en los siguientes casos:

a) Por razón de nulidad.

b) Por establecer menores derechos a los contemplados por la ley a favor de los trabajadores.

La LRCT no precisa cuales son las causales de nulidad, lo que, a decir de la Corte Suprema, obliga a un análisis de las disposiciones contenidas en dicha Ley y en la normativa vigente.

En principio, ello contradice el criterio jurídico según el cual las nulidades se declaran solo por las causales contempladas de manera expresa en la legislación[46]. Sin perjuicio de ello, los cambios en los criterios asumidos por la

(46) En relación con este requerimiento de las nulidades ver: HURTADO REYES, Martín. Ob. cit., pp. 819 y 820.

Corte Suprema[47] en relación con tales causales, revelan cierta dificultad para su identificación:

STC Exp. Nº 6332-2013-Lima 27/06/2014	STC Exp. Nº 12028-2013-Lima 15/10/2014
El órgano arbitral combina planteamientos de las propuestas finales de las partes (art. 65).	El árbitro, tribunal arbitral o alguno de sus miembros, está impedido de participar como tales (art. 64).
El órgano arbitral hace uso excesivo de su facultad de atenuar puntos de la propuesta elegida (art. 65).	El laudo se pronuncia en forma distinta a alguna de las propuestas finales de las partes o combina planteamientos de una u otra (art. 65).
El laudo no toma en cuenta las conclusiones del Dictamen Económico Financiero (art. 65)(*).	El laudo se ha expedido bajo presión derivada de modalidades irregulares de huelga o de daños a las personas o las cosas (art. 69).
	La norma general de arbitraje (Decreto Legislativo Nº 1071) considere nulo un laudo, siempre que por su naturaleza sean aplicables al arbitraje que resuelve el conflicto económico.

(*) La elaboración de este dictamen, con base en la información que debe presentar el empleador en forma obligatoria, está contemplada en el artículo 56 de la LRCT.

(47) "(...) según lo establecido por el artículo 66 del Decreto Supremo Nº 010-2003-TR, que aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, el proceso de impugnación de laudos arbitrales económicos solamente procede en cualquiera de los siguientes supuestos: 1. Por razón de nulidad del laudo, lo cual de acuerdo a la norma invocada se produciría en los siguiente supuestos: a) Si es que el órgano arbitral combina planteamientos de las propuestas finales de las partes o hace uso excesivo de su facultad de atenuar puntos de la propuesta elegida, pues ello, vulneraría lo establecido en el primer y segundo párrafos del artículo 65 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, que expresamente señala: "El laudo no podrá establecer una solución distinta a las propuestas finales de las partes ni combinar planteamientos de una y otra. El laudo recogerá en su integridad la propuesta final de una de las partes. Sin embargo, por su naturaleza de fallo de equidad, podrá atenuar posiciones extremas (...)", y b) Si es que el órgano arbitral no toma en cuenta las conclusiones del Dictamen Económico Financiero emitido en medio de la negociación colectiva, conforme ha sido previsto por el último párrafo del artículo 56 de la misma norma, y 2. Por establecer menores derechos a los contemplados por la Ley a favor de los trabajadores, es decir, cuando existe afectación de los derechos del trabajador protegidos por el principio de irrenunciabilidad amparado por el artículo 26, numeral 2 de la Constitución Política del Estado" (Exp. Nº 6332-2013-Lima, 27/06/2014. Considerando Décimo Tercero); el laudo arbitral en procesos de negociación colectiva "(...) puede ser materia de impugnación en los siguientes casos: 1) por razón de nulidad; y, 2) por establecer menores derechos a los contemplados en la ley a favor de los trabajadores; y, si bien no indica las causales de nulidad, cierto es que de la revisión de este decreto supremo y la normativa vigente podemos decir que será nulo el laudo cuando incurra en alguna de las siguientes causales; i) Cuando el árbitro, tribunal arbitral o alguno de sus miembros, está impedido de participar como tales (art. 64); ii) Se pronuncie en forma distinta a alguna de las propuestas finales de las partes o combinando planteamientos de una u otra (art. 65); iii) Cuando se ha expedido bajo presión derivada de modalidades irregulares de huelga o de daños a las personas o las cosas (art. 69); y, iv) en los casos que la norma general de arbitraje (Decreto Legislativo Nº 1071) considere nulo un laudo, siempre que por su naturaleza sean aplicables al arbitraje que resuelve el conflicto económico" (Exp. Nº 12028-2013-Lima, 15/10/2014. Considerando octavo).

Como se puede apreciar, en pocos meses la Corte Suprema modificó radicalmente su criterio respecto a las situaciones que se pueden considerar como causales de nulidad que fundamenten la pretensión de nulidad del laudo derivado de negociación colectiva, al punto que en el segundo pronunciamiento se recoge solo una de las causales consideradas en el primero, se excluyen otras dos causales antes contempladas y se adicionan otras tres causales no incluidas antes.

Es pues, claro, que las insuficiencias de la LRCT en una materia tan sensible como la identificación de las causales de nulidad de un laudo arbitral deberían haber sido superadas mediante una modificación legislativa. Al mismo tiempo, los cambios de criterio en los pronunciamientos de la judicatura, además, sin una fundamentación que las explique y sustente porque se incorporan unas causales y se excluyen otras, contribuyen al clima de confusión e incertidumbre que pareciera estar apoderándose de esta materia.

De otro lado, en sus pronunciamientos, la Corte Suprema introduce una modificación sustancial respecto a la causal de impugnación del laudo por disponer menores derechos a los contemplados en la ley en favor de los trabajadores, pues, considera que esta causal opera respecto de derechos protegidos por el principio de irrenunciabilidad amparado por el artículo 26, numeral 2, de la Constitución.

En virtud de ello, podría entenderse que existen derechos que, aunque contemplados en la ley, no son irrenunciables. Por cierto, ello contrastaría con la regla contenida en el artículo 26, numeral 2, de la Constitución, que asigna carácter de irrenunciables a los derechos reconocidos por la Constitución y la ley[48].

Asimismo, la condición que incorpora la Corte Suprema, no contemplada en el artículo 66 de la LRCT, reduce el alcance y eficacia protectora de la regla que impide el desmejoramiento de los derechos legales laborales mediante el laudo arbitral, pues, admite que por esta vía se pueda establecer menores derechos que los que contempla la Ley a favor de los trabajadores.

De otro lado, en la segunda sentencia que se menciona en el cuadro que antecede, se puede apreciar que la Corte Suprema incorpora como causales de nulidad de los laudos en negociación colectiva las que, a su vez, contempla la Ley de

(48) Más aún, se ha postulado que existen diferencias entre la "irrenunciabilidad" y la indisponibilidad, señalándose que la disposición es un atributo del derecho de propiedad, ámbito en el que pueden ingresar los derechos laborales al integrarse al patrimonio del trabajador, asumiendo este un derecho de propiedad respecto de aquellos. De esta manera, podría hablarse de derechos irrenunciables pero disponibles, PASCO COSMÓPOLIS, Mario. Ob. cit., pp. 128 a 130.

Arbitraje[49]. Con ello, es posible "impugnar" un laudo arbitral derivado de la negociación colectiva con el sustento de las causales de anulación contempladas en la Ley de Arbitraje, a las que remite la LRCT.

No es pues la especificidad de las causales de "impugnación" del laudo en la LRCT las que justifican que se haya instituido en dicha ley un recurso impugnativo específico, distinto al de "anulación" contemplado en la Ley de Arbitraje, pues tales causales podrían haber sido perfectamente cobijadas por el recurso de "anulación", sin que ello desnaturalice la impugnación de los laudos laborales derivados de la negociación colectiva. Tampoco se vería desnaturalizado el arbitraje laboral en negociación colectiva por el hecho que la impugnación de sus laudos tenga por vehículo al recurso de anulación.

5. Tramitación de la impugnación de laudos derivados de la negociación colectiva laboral

La tramitación de la impugnación de los laudos arbitrales derivados de la negociación colectiva se sujeta a las reglas contenidas en la NLPT. Estas tienen como diferencia principal respecto al trámite que prevé la Ley de Arbitraje el considerar plazos más breves para las distintas estaciones y actuaciones procesales. Una diferencia, aparentemente sustancial, radica en la incorporación en la NLPT del recurso de apelación de la resolución de primera instancia, excluyendo de manera expresa al de casación, en tanto que en la Ley de Arbitraje se produce la figura inversa, puesto que se excluye el recurso de apelación y se acepta el de casación.

(49) Decreto Legislativo Nº 1071. Artículo 63.- Causales de anulación.

"1. El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.

b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.

d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.

e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.

f. Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.

g. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.

(…)".

Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo Nº 1071)	LRCT (Decreto Supremo Nº 010-2003-TR
Artículo 64.- Trámite del recurso 1. El recurso de anulación se interpone ante la Corte Superior competente dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación del laudo. Cuando se hubiere solicitado la rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo o se hubiese efectuado por iniciativa del tribunal arbitral, el recurso de anulación deberá interponerse dentro de los veinte (20) días de notificada la última decisión sobre estas cuestiones o de transcurrido el plazo para resolverlos, sin que el tribunal arbitral se haya pronunciado. 2. El recurso de anulación debe contener la indicación precisa de la causal o de las causales de anulación debidamente fundamentadas y acreditadas con los medios probatorios correspondientes. Solo pueden ofrecerse documentos. Las partes podrán presentar las copias pertinentes de las actuaciones arbitrales que tengan en su poder. Excepcionalmente y por motivos atendibles, las partes o la Corte podrán solicitar que el tribunal arbitral remita las copias pertinentes de dichas actuaciones, no siendo necesario el envío de la documentación original. Asimismo, el recurso de anulación debe contener cualquier otro requisito que haya sido pactado por las partes para garantizar el cumplimiento del laudo. 3. La Corte Superior competente resolverá de plano sobre la admisión a trámite del recurso dentro de los diez (10) días siguientes, excepto en el caso previsto en el numeral 4 del artículo 66 en el que previamente deberá cumplirse con el trámite que en él se establece. Una vez admitido a trámite el recurso de anulación, se dará traslado a la otra parte por el plazo de veinte (20) días para que exponga lo que estime conveniente y ofrezca los medios probatorios correspondientes. Solo pueden ofrecerse documentos.	**CAPÍTULO III PROCESO IMPUGNATIVO DE LAUDOS ARBITRALES ECONÓMICOS** **Artículo 50.- Admisión de la demanda** Además de los requisitos de la demanda, la sala laboral verifica si esta se ha interpuesto dentro de los diez (10) días hábiles siguientes de haberse notificado el laudo arbitral que haciendo las veces de convenio colectivo resuelve el conflicto económico o de creación de derechos, o su aclaración; en caso contrario, declara la improcedencia de la demanda y la conclusión del proceso. Esta resolución es apelable en el plazo de cinco (5) días hábiles. Los únicos medios probatorios admisibles en este proceso son los documentos, los cuales deben ser acompañados necesariamente con los escritos de demanda y contestación. **Artículo 51.- Traslado y contestación** Verificados los requisitos de la demanda, la sala laboral emite resolución disponiendo: a) La admisión de la demanda; b) el emplazamiento al demandado para que conteste la demanda en el plazo de diez (10) días hábiles; y c) la notificación a los árbitros para que, de estimarlo conveniente y dentro del mismo plazo, expongan sobre lo que consideren conveniente. **Artículo 52.- Trámite y sentencia de primera instancia** La sala laboral, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes de contestada la demanda, dicta sentencia por el solo mérito de los escritos de demanda, contestación y los documentos acompañados. Para tal efecto señala día y hora, dentro del plazo indicado, citando a las partes para alegatos y sentencia, lo cual se lleva a cabo de igual modo a lo regulado en el proceso ordinario laboral. Artículo 53.- Improcedencia del recurso de casación Contra la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República no procede el recurso de casación.

4. Vencido el plazo para absolver el traslado, se señalará fecha para la vista de la causa dentro de los veinte (20) días siguientes. En la vista de la causa, la Corte Superior competente podrá suspender las actuaciones judiciales por un plazo no mayor a seis (6) meses a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que, a criterio de los árbitros elimine las causales alegadas para el recurso de anulación. En caso contrario, resolverá dentro de los veinte (20) días siguientes. 5. Contra lo resuelto por la Corte Superior solo procede recurso de casación ante la Sala Civil de la Corte Suprema, cuando el laudo hubiera sido anulado en forma total o parcial.	**Artículo 33.- Trámite en segunda instancia y audiencia de vista de la causa en los procesos ordinario, abreviado y de impugnación de laudos arbitrales económicos** Interpuesta la apelación, el juez remite el expediente a segunda instancia dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes. El órgano jurisdiccional de segunda instancia realiza las siguientes actividades: a) Dentro de los cinco (5) días hábiles de recibido el expediente fija día y hora para la celebración de la audiencia de vista de la causa. La audiencia de vista de la causa debe fijarse entre los veinte (20) y treinta (30) días hábiles siguientes de recibido el expediente. b) El día de la audiencia de vista, concede el uso de la palabra al abogado de la parte apelante a fin de que exponga sintéticamente los extremos apelados y los fundamentos en que se sustentan; a continuación, cede el uso de la palabra al abogado de la parte contraria. Puede formular preguntas a las partes y sus abogados a lo largo de las exposiciones orales. c) Concluida la exposición oral, dicta sentencia inmediatamente o luego de sesenta (60) minutos, expresando el fallo y las razones que lo sustentan, de modo lacónico. Excepcionalmente, puede diferir su sentencia dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes. En ambos casos, al finalizar la audiencia señala día y hora para que las partes comparezcan ante el despacho para la notificación de la sentencia, bajo responsabilidad. La citación debe realizarse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de celebrada la audiencia de vista. d) Si las partes no concurren a la audiencia de vista, la sala, sin necesidad de citación, notifica la sentencia al quinto día hábil siguiente, en su despacho.

Podría afirmarse que la exclusión del recurso de casación en las reglas contempladas en la NLPT para la tramitación de la impugnación de los laudos arbitrales derivados de la negociación colectiva armoniza con la naturaleza económica y no jurídica de tales laudos. Pero, si la LRCT impide de manera expresa a la judicatura evaluar y pronunciarse sobre los aspectos de fondo del laudo impugnado, prohibición que también se dispone en la Ley de Arbitraje, ¿cuáles son entonces las diferencias realmente trascendentes entre una u otra vía procesal en segunda instancia? Estas no se visualizan, al punto que pareciera irrelevante que se hubiese adaptado cualquiera de las dos vías procesales, pues, en ambos casos, se trata solo de ejercer el control de legalidad.

Con todo, estas diferencias de trámite no justifican el establecimiento en la LRCT de un recurso de "impugnación", diferenciado del de "anulación" que incorpora la norma general de arbitraje. Asimismo, tales diferencias de trámite, a nuestro juicio secundarias, no responden a una distinta naturaleza o eficacia en el laudo arbitral derivado de la negociación colectiva.

6. Efectos de los pronunciamientos estimatorios de las pretensiones impugnatorias de laudos derivados de la negociación colectiva

Quizá el mayor fundamento para distinguir entre un recurso impugnativo y otro, radique principalmente en los efectos del pronunciamiento estimatorio de la pretensión impugnatoria, como sucede claramente, por ejemplo, con los recursos de apelación, de nulidad y de casación en el ámbito del Derecho Procesal.

¿Qué efectos se derivarían de una resolución que ampare la impugnación de un laudo arbitral laboral emitido en el marco de un proceso de negociación colectiva?

La LRCT y la NLPT no precisan las consecuencias de los pronunciamientos estimatorios de la impugnación de laudos arbitrales derivados de la negociación colectiva. No queda más opción que "explorar" en las disposiciones sobre similar materia en la Ley de Arbitraje[50], cuya aplicación al ámbito de la impugnación de

(50) Decreto Legislativo Nº 1071. Artículo 65.- Consecuencias de la anulación.

1. Anulado el laudo, se procederá de la siguiente manera:

a. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso a. del numeral 1 del artículo 63, la materia que fue objeto de arbitraje podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes.

b. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso b. del numeral 1 del artículo 63, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje desde el momento en que se cometió la violación manifiesta del derecho de defensa.

c. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso c. del numeral 1 del artículo 63, las partes deberán proceder a un nuevo nombramiento de árbitros o, en su caso, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje en el estado en el que se no se observó el acuerdo de las partes, el reglamento o la norma aplicable.

laudos arbitrales derivados de la negociación colectiva parece cuestionar la Corte Suprema.

Por cierto, son necesarias las modulaciones que corresponden al sentido de las causales de impugnación propias de la LRCT. Según ello:

a) si se alega vicio de nulidad que no impida la procedencia del arbitraje y no afecte el sentido del laudo, sino a las actuaciones ejecutadas durante el arbitraje, es decir, no inciden en la formación de los criterios del tribunal para resolver, y en tanto que los árbitros se pronunciaron sobre materias disponibles y sometidas a su consideración en las propuestas finales presentadas por las partes, acogiendo íntegramente una de ellas, el laudo debería subsistir en su parte resolutiva(51), salvo que se hubieren afectado derechos relativos al debido proceso. De ser este el caso, se debería proceder a un nuevo arbitraje, cautelando estos derechos.

b) Si se alega vicio de nulidad, que no impida la procedencia del arbitraje y si afecte la parte resolutiva del laudo, este quedaría sin efecto en su integridad o en la parte afectada por el vicio, según el caso. Si la materia sometida al arbitraje fuese dispositiva y fue sometida por las partes a consideración de los árbitros en las propuestas finales, la parte afectada por la nulidad podría ser materia de nuevo pronunciamiento por los árbitros o ser sometida a nuevo arbitraje.

c) Si el laudo fue cuestionado por establecer menores derechos a los contemplados en la ley en favor de los trabajadores el tribunal

---

d. Si el laudo, o parte de él, se anula por la causal prevista en el inciso d. del numeral 1 del artículo 63, la materia no sometida a arbitraje podrá ser objeto de un nuevo arbitraje, si estuviera contemplada en el convenio arbitral. En caso contrario, la materia podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes.

e. Si el laudo, o parte de él, se anula por la causal prevista en el inciso e. del numeral 1 del artículo 63, la materia no susceptible de arbitraje podrá ser demandada judicialmente.

f. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso g. del numeral 1 del artículo 63, puede iniciarse un nuevo arbitraje, salvo que las partes acuerden componer un nuevo tribunal arbitral para que sobre la base de las actuaciones resuelva la controversia o, tratándose de arbitraje nacional, dentro de los quince (15) días siguientes de notificada la resolución que anula el laudo, decidan por acuerdo, que la Corte Superior que conoció del recurso de anulación resuelva en única instancia sobre el fondo de la controversia.

2. La anulación del laudo no perjudica las pruebas actuadas en el curso de las actuaciones arbitrales, las que podrán ser apreciadas a discreción por el tribunal arbitral o, en su caso, por la autoridad judicial.

(51) Ello en virtud del principio de conservación del arbitraje y del laudo arbitral, que tiene entre sus manifestaciones, la subsistencia del laudo en aquello no afectado por los vicios de nulidad. Este principio se recoge en los artículos 41, inciso 2, y 63, inciso 3, del Decreto Legislativo Nº 1071.

debería reunirse y volver a emitir pronunciamiento respetando esa garantía legal.

d) Si el laudo fue impugnado por haber resuelto sobre asunto indisponible, se excluiría del laudo, por mandato judicial, el extremo afectado por ese defecto.

e) sería nulo o inválido el laudo impugnado e imposible la reanudación del arbitraje si aquel fue emitido bajo presión por actos de violencia, según lo contemplado en el artículo 69 de la LRCT.

Por cierto, además de tenerse presente el principio de conservación del laudo arbitral y del arbitraje, deben seguirse las condiciones de procedencia a que se refiere el citado artículo 63 del Decreto Legislativo Nº 1071, en lo que fueren aplicables.

No es pues en los efectos de los pronunciamientos estimatorios de las pretensiones impugnatorias de los laudos arbitrales en donde se aprecian diferencias sustanciales entre la "impugnación" de laudo arbitral contemplada en la LRCT y la "anulación" que regula la norma general de arbitraje. Por el contrario, es en este rubro en el que se encuentran las mayores similitudes. Nuevamente, tampoco en esta área se encuentra nada que responda de manera determinante a la distinta naturaleza de los laudos en derecho respecto de los que corresponden a procesos de negociación colectiva laboral.

IV. ARBITRAJE DE DERECHO Y ARBITRAJE ECONÓMICO. ELEMENTOS PARA EL DEBATE

Como se ha indicado al inicio del presente artículo, el gran tema de fondo, que en la secuencia conceptual precede a los que se ha abordado en los acápites previos, se refiere a las diferencias y similitudes sustanciales entre el arbitraje de derecho y el arbitraje en sede de negociación colectiva y las consecuencias de todo ello. Son estos los temas que constituyen el sustrato del debate y los conceptos que se incorporan a los pronunciamientos judiciales antes citados.

Por cierto, su tratamiento a profundidad excede los fines y posibilidades del presente, artículo, por lo que ahora enunciamos algunos conceptos y lineamientos generales e iniciales, con cargo a su desarrollo en ocasión posterior.

El planteamiento que se sostiene habitualmente tiene como punto de partida la constatación de que el arbitraje en el marco de procesos de negociación colectiva

está referido a un conflicto de naturaleza económica, en el que se trata de definir el *quantum* de prestaciones preexistentes o creadas en el mismo proceso de solución del conflicto, que no está determinado previamente por la legislación, por lo que no se puede dirimir con la aplicación de normas legales al estilo de un juicio.

Ello se diferencia sustancialmente de los arbitrajes que resuelven conflictos de derecho, en los que la solución del conflicto de intereses se logra aplicando el marco jurídico existente, al estilo de un juicio que se podría sustanciar ante los órganos jurisdiccionales.

Por ello, mientras que el laudo emitido con ocasión de un diferendo sobre negociación colectiva equivale a un convenio colectivo, el laudo referido a un conflicto de derecho equivale a una sentencia y tiene los atributos de tal, entre ellos, los de la cosa juzgada.

Por ello mismo, mientras que el laudo emitido en sede laboral que se pronuncia sobre un conflicto jurídico se impugna mediante el recurso de "anulación" regulado en la Ley de Arbitraje, el laudo que dirime un conflicto económico en sede de negociación colectiva se impugna a través del recurso de "impugnación" que regulan la LRCT y la NLPT.

Por ello, también, las normas contenidas en la Ley de Arbitraje no serían de aplicación directa al arbitraje en sede de negociación colectiva, y los árbitros que actúan en este ámbito no reunirían el poder de inaplicar las normas contrarias a la Constitución.

Y, aunque no se ha sostenido aún –por lo menos no de manera expresa– el arbitraje laboral en el ámbito de la negociación colectiva laboral no estaría protegido necesariamente por la garantía de no intervención de la judicatura ni de otras autoridades o instancias del Estado, ni por el principio de preservación del arbitraje o del laudo arbitral, por citar algunos.

1. Posiciones en la doctrina nacional

El recordado maestro Mario Pasco Cosmópolis[52] explicaba estos aspectos en los siguientes términos:

> "Por de pronto, en términos muy generales los procesos laborales son de dos tipos: jurídicos y económicos. Las controversias

(52) PASCO COMÓPOLIS, Mario. "El arbitraje en materia laboral y el amparo constitucional". En: *Revista Peruana de Derecho Constitucional. Control Constitucional y Arbitraje*. Nº 4, Edición especial, Nueva Época, Lima, 2011, p. 127.

> jurídicas, que por lo general son individuales, responden al esquema clásico del litigio civil, aunque guardan importantes diferencias que justifican la existencia de un proceso distinto y especial.
>
> Las controversias económicas, que son necesariamente colectivas, corresponden a un mundo absolutamente distinto, cuyo vehículo procesal es la negociación colectiva. Estas controversias no tienen por objeto la declaración de un derecho persistente, sino la creación de uno nuevo; no son juris-diccionales sino juris-génicas, lo que no solo les confiere una naturaleza diferente, sino que obliga a un desarrollo en todo diverso al del litigio, ya que mientras este es de tipo deductivo, sobre la base del silogismo clásico, aquellas con de tipo inductivo, porque parten de lo individual para generar una norma que será de alcance *erga omnes*.
>
> Es natural que, por la naturaleza tan diferenciada de la controversia económica, el arbitraje en la misma presente caracteres también marcadamente distintos, pero incluso en las controversias jurídicas laborales se dan ángulos novedosos que justifican que el arbitraje presente asimismo peculiaridades frente al derecho común".

En el mismo lugar[53] ampliaba luego estos conceptos afirmando que, a diferencia de lo que sucede en las controversias jurídicas o de derecho, en las de tipo económico no se busca la declaración de un derecho sino su creación. Por ello, "Su cauce natural es la negociación colectiva, y su resultado, la convención colectiva de trabajo, que es fuente traslativa de derecho objetivo, es decir, norma jurídica con eficacia vinculante, no emanada del Estado sino de la voluntad de particulares".

En virtud de ello, "El arbitraje en esta materia no es un sucedáneo de la jurisdicción, sino de la negociación. Los árbitros actúan, no para dirimir una disputa entre las partes, sino para sustituirlas en la adopción de un acuerdo". Por esta razón es que el artículo 70 de la LRCT dispone que el laudo tiene la misma naturaleza y surte idénticos efectos que la convención adoptada en negociación directa.

Ello conduce a que el arbitraje en esta materia presente sensibles diferencias con el arbitraje jurídico, como que, por ejemplo, el laudo tenga naturaleza de fallo de equidad, según lo declara la LRCT.

(53) Ibídem, pp. 134 y 135.

Asimismo, respecto a la naturaleza del laudo arbitral, explicaba el maestro Pasco Cosmópolis[54], citando además a Ernesto Krotoschin:

> "Es muy interesante advertir que la naturaleza jurídica del laudo que se emite en un proceso colectivo es muy diversa a la del laudo de los procesos jurídicos.
>
> El laudo económico es expresión de un *jus dare* y no de un *jus dicere*, como señala con precisión Kotoschin:
>
> > 'No es sentencia en sentido material; no pone término a un litigio jurídico, sino aun conflicto económico de intereses; el contenido del laudo no consiste en una condena ni en la declaración de derechos existentes, sino que ordena *ex novo* las relaciones entre las partes (...) Desde este punto de vista, el laudo semeja a una Ley más que a una sentencia'".

Recientemente, Jorge Luis Acevedo Mercado[55] ha incidido también en las diferencias que existen entre los conflictos jurídicos y los económicos. Pese a ello, dice el autor[56], los conflictos de intereses económicos han venido siendo tratados en materia de arbitraje de manera idéntica a los conflictos de intereses jurídicos cuando se trata de aplicar control difuso, a pesar que sustancialmente se trata de conflictos de distinta naturaleza y el propio ordenamiento jurídico los trata de manera distinta cuando regula sus orígenes, naturaleza y medios de impugnación.

Dice, además, que el aspecto que permite afirmar de manera categórica la diferencia entre una y otra modalidad arbitral es el referido a la naturaleza del laudo, pues, mientras que los emitidos en relación a un conflicto laboral jurídico hacen las veces de sentencia, por lo que tienen la calidad de títulos ejecutivos y de cosa juzgada, los que resuelven conflictos laborales económicos tienen la naturaleza de convenio colectivo, conforme se dispone en el artículo 70 de la LRCT[57].

---

(54) Ibídem, p. 138.

(55) ACEVEDO MERCADO, Jorge Luis. "Las diferencias entre el arbitraje laboral jurídico y el arbitraje laboral económico, y su incidencia en el control difuso". En: *Themis*. Nº 65, Revista De Derecho, Asociación Civil Themis, Lima, julio de 2014, pp. 145 a 159.

(56) Ibídem, p. 150.

(57) Decreto Supremo Nº 010-2003-TR. Artículo 70.- "Los acuerdos adoptados en conciliación o mediación, los laudos arbitrales y las resoluciones de la Autoridad de Trabajo tienen la misma naturaleza y surten idénticos efectos que las convenciones adoptadas en negociación directa".

Con relación a ello, agrega[58]: "¿Por qué el laudo arbitral económico puede reemplazar el convenio colectivo? El arbitraje laboral en la negociación colectiva busca solucionar el problema originado a causa de no haberse arribado a un acuerdo en la etapa de trato directo de la negociación colectiva. De esta manera, se busca componer el conflicto de intereses novatorios, por lo que se requerirá que un tercero dicte una solución conforme a criterios de justicia y oportunidad y atendiendo a los méritos de fondo del caso, creando la norma jurídica a la que las partes hubieran podido dar luz".

En virtud de ello, luego de repasar los atributos que residen en la jurisdicción y las reglas constitucionales sobre la supremacía de la Constitución y el control difuso, sustenta que la extensión de esta facultad a los árbitros por el TC está referida en el ámbito del arbitraje de conflictos jurídicos en el que se ejerce jurisdicción[59], por lo que: "(...) ahí donde los árbitros no resuelven conflictos jurídicos, y por ende, no ejercen jurisdicción, no se les extiende la facultad del control difuso". Y agrega, "(...) si las partes que negocian un convenio colectivo no están facultadas para inaplicar una norma legal por considerarla inconstitucional, ¿por qué los árbitros, a quienes aquellas delegan la solución del conflicto de intereses, si podrían ostentar tal prerrogativa? ¿Acaso el simple hecho de ser árbitros o de conformar un tribunal arbitral los habilita automáticamente a proceder de esa manera?".

2. Notas sobre la naturaleza del arbitraje en la negociación colectiva y sus atributos

Los desarrollos presentados en el acápite precedente y las consideraciones contenidas en los pronunciamientos de la judicatura, que se glosan en los apartados anteriores, nos introducen de lleno en el debate sobre la naturaleza del arbitraje en sede de negociación colectiva.

Como hemos dicho antes, el desarrollo de temas de tal magnitud desbordan los fines y objetivos del presente artículo. No obstante, aportamos ahora los lineamientos que siguen.

En primer término, una aproximación a la naturaleza del arbitraje en la negociación colectiva exige integrar cuando menos las siguientes tres dimensiones conceptuales y jurídicas.

(58) ACEVEDO MERCADO, Jorge Luis. Ob. cit., p. 150.

(59) Ibídem, p. 158.

a) De un lado, la naturaleza del conflicto laboral que subyace a la negociación colectiva y al arbitraje que opera en su ámbito.

b) En segundo término, la naturaleza del arbitraje en sede de negociación colectiva, que comparte las características definitorias del arbitraje en general como medio privado y alternativo de solución de conflictos y que a la vez reúne características específicas como medio privado y alternativo de solución pacífica del conflicto laboral.

c) Finalmente, la estrecha interrelación entre el derecho fundamental a la negociación colectiva y el arbitraje como mecanismo de solución pacífica del conflicto laboral que opera en el contexto de dicha fundamentalidad.

Ello asigna a estos desarrollos una perspectiva de integralidad que supera el análisis reduccionista basado solo en la dimensión económica del conflicto laboral colectivo.

Cualquier análisis que no integre, cuando menos las tres dimensiones mencionadas, es parcial e insuficiente, y puede distorsionar las conclusiones.

a) El conflicto laboral colectivo

En lo que atañe a la naturaleza del conflicto laboral colectivo se enfatiza su dimensión económica como si fuese la única que lo define, o como si fuese la única relevante en atención a los temas que nos convocan.

En contraste con ello, se debe reparar en que la regla general es que todos los conflictos jurídicos tienen una base económica o patrimonial. Al mismo tiempo, el conflicto económico laboral de base económica tiene indudable relevancia jurídica, lo que lo hace objeto de atención por el Derecho y por el Estado.

Tiene tanta relevancia jurídica que el Derecho y el Estado han institucionalizado medios especiales de solución pacífica de tal conflicto, a saber, la negociación colectiva, la conciliación, la mediación y el arbitraje, y obligan al Estado a promover esos medios de solución pacífica; y, han reconocido a la negociación colectiva la calidad de derecho fundamental –concedido, además, por la comunidad jurídica internacional a través de instrumentos normativos que se incorporan al derecho nacional como parte del bloque de constitucionalidad, siendo además los pronunciamientos de los organismos internacionales competentes referencia obligada para las decisiones de las autoridades nacionales al pronunciarse sobre afectaciones a tal derecho fundamental–, la han rodeado de las garantías jurídicas necesarias y obligan al Estado a fomentarla.

De esta manera, el derecho fundamental a la negociación colectiva y el derecho a recurrir al arbitraje como medio de solución pacífica del conflicto laboral se han configurado en bienes jurídicos que se han incorporado al patrimonio jurídico de los de los sujetos de la relación laboral, entre estos los trabajadores organizados colectivamente en sindicatos.

No podría ser que el arbitraje en negociación colectiva, que expresa el ejercicio de los derechos mencionados y que viabiliza el acceso a esos mismos bienes jurídicos, careciera de las prerrogativas y los atributos que, en similares escenarios, si residen en el arbitraje general.

De otro lado, desde una perspectiva jurídica, el énfasis en la dimensión económica(60) del conflicto laboral –que por cierto está en su base y se articula a sus dimensiones sociales y jurídicas– no permite visualizar que tal conflicto surge y se desarrolla en el contexto de una trama de relaciones jurídicas que se concretan en derechos y obligaciones incorporados a los contratos de trabajo –que, precisamente, buscan ser modificados a través del ejercicio del derecho fundamental a la negociación colectiva– y que dan forma el régimen de derechos, obligaciones y relaciones laborales en la empresa, que se alimenta de las regulaciones que se generan a través de la negociación colectiva.

Es en esa trama de relaciones jurídicas y de normativa generada a través de mecanismos de auto y de heterocomposición, que se inserta y opera el arbitraje en negociación colectiva, asumiendo autoridad y autonomía para modificar y generar derechos y obligaciones, tal y como sucede con el arbitraje en general.

b) Escenario general del arbitraje en negociación colectiva

Como es evidente, el arbitraje en sede de negociación colectiva laboral es también un mecanismos de heterocomposición, esto es, en el que la solución de un diferendo es confiada por las partes a un tercero que no forma parte de la estructura estatal de solución de conflictos, sino que se trata de un particular, individual o colectivo, de carácter privado(61).

(60) Las denominaciones de conflicto económico o de conflicto de intereses son inapropiadas para develar los componentes jurídicos del conflicto laboral colectivo, pues, como se ha dicho, por regla general, todos los conflictos jurídicos tienen una base económica o patrimonial, en tanto que, todos los conflictos denominados jurídicos son a la vez conflictos de intereses. Por ello, preferimos la denominación de conflictos novatorios o de creación de derechos para referirnos al conflicto laboral colectivo, coincidiendo en esto con ACEVEDO MERCADO, Jorge Luis. Ob. cit., p. 148.

(61) Por cierto, el que una autoridad estatal intervenga como árbitro, en virtud de su investidura de autoridad pública y en virtud de un mandato de la ley, es una patología, esperamos, en curso de retirada.

Las partes en el conflicto asignan a ese tercero autoridad para resolver en definitiva el diferendo, reconociendo a su pronunciamiento fuerza vinculante para ellas(62). Es este el origen de la jerarquía del arbitraje como medio de solución de conflictos y es este el origen de la fuerza vinculante y de la eficacia de los pronunciamientos que emiten los árbitros, ya se trate del arbitraje en general o de los arbitrajes especiales.

Esa misma autoridad es reconocida a los árbitros también por los terceros al diferendo. Si estos son de naturaleza privada, deben conducirse respetando el nuevo marco de derechos subjetivos declarados o instituidos por los árbitros. Si se trata de autoridades públicas, sean estas administrativas o judiciales competentes para ello, deben hacer cumplir y deben ejecutar los mandatos contenidos en un laudo arbitral cual si se tratase de una sentencia(63). Además, están impedidos de revisar los criterios adoptados por los árbitros para emitir su pronunciamiento de fondo(64).

Todo ello está garantizado por el ordenamiento jurídico. Los árbitros en negociación colectiva y en el arbitraje general derivan su autoridad no solo de la que le confieren las partes, sino que ella es reconocida y garantizada por el ordenamiento jurídico positivo, al punto que ninguna autoridad distinta, ni privada ni pública, se puede irrogar la capacidad de decidir sobre la competencia de los árbitros, impedir o retrasar el inicio del arbitraje, interrumpir o dar por finalizado al que está en curso, revisar el contenido de fondo de un pronunciamiento arbitral o negarse a darle cumplimiento(65).

---

(62) Es pertinente recordar las características que el TC asigna al arbitraje laboral. Ver la nota 13 de este artículo.

(63) En nuestra opinión, el cumplimiento de los laudos arbitrales en materia de negociación colectiva debería someterse a un procedimiento de ejecución, sin perjuicio de que se reencamine a las oras vías procesales que contempla la NLPT si es que fuese necesario. Esta es un opción legislativa compatible con la naturaleza del arbitraje en negociación colectiva como medio de solución pacífica del conflicto laboral, que tiene base constitucional propia y que se articula al derecho fundamental de negociación colectiva.

(64) Esta garantía está contemplada en los artículos 59.1 y 62.1 de la Ley de Arbitraje y en el artículo 66 de la LRCT. Luego, es posible que los laudos arbitrales en uno y otro escenario reúnan los mismos atributos, garantías y eficacia, aun cuando estén referidos a conflictos de distinta naturaleza. Ello encuentra su justificación en que lo verdaderamente relevante para que operen tales atributos, garantía y eficacia radica en la naturaleza del arbitraje como medio alternativo y autónomo de solución pacífica de los conflictos, ya sea que se trate de conflictos de derecho o económicos. Sin perjuicio de ello, esta diferencia es relevante en tanto que vincula al arbitraje al ejercicio del derecho fundamental a la negociación colectiva, lo que, al mismo tiempo, fortalece la trascendencia del arbitraje y refuerzan los atributos, garantías y eficacia que corresponden al arbitraje y a los laudos arbitrales en los distintos ámbitos en los que operan, entre ellos, el de la negociación colectiva laboral.

(65) Sobre la extensión de estas reglas contenidas en la Ley de Arbitraje al arbitraje en sede de negociación colectiva regulado por la LRCT, ver el punto II de este artículo.

Esa autoridad, fuerza y eficacia definen al arbitraje y corresponden a su naturaleza independientemente del escenario específico en el que opere. Son esa fuerza, autoridad y eficacia los que explican el extraordinario desarrollo y el reconocimiento que ha logrado, desde hace ya varias décadas y en todo el mundo, el arbitraje como parte del elenco de medios de solución de conflictos no solo en el ámbito civil, comercial y de inversiones, sino también, por ejemplo, de manera creciente en el ámbito de las contrataciones del Estado, de los derechos del consumidor, de los conflictos medioambientales, y también, en el de los conflictos laborales colectivos.

El arbitraje laboral en negociación colectiva es arbitraje precisamente porque reúne todos los atributos mencionados. Si no los detentase sería un mecanismo desprovisto de jerarquía, autoridad, capacidad y eficacia para resolver, en definitiva y con carácter vinculante, el conflicto laboral colectivo sometido a su fuero. Sería quizá un mecanismo casi de consulta o cercano a la mediación, por lo tanto, sin especificación propia, absolutamente intrascendente y, por todo ello innecesario.

c) La especialidad del arbitraje en sede de negociación colectiva laboral

Dicho todo lo anterior, es también evidente que el arbitraje en sede de negociación colectiva tiene particularidades. Estas no le restan los atributos que comparte con el arbitraje en general, pues, en caso contrario, estaríamos, como se ha dicho, ante un instituto distinto, aún no identificado, con la precariedad y la intrascendencia ya anotadas.

Por lo tanto, las particularidades que alcanzan al arbitraje en sede de negociación colectiva deben, cuando menos, armonizar con su naturaleza y función esenciales como mecanismo de solución heterocompositiva del conflicto laboral colectivo. En ningún caso, tales particularidades o especificidades deberían desnaturalizarlo y neutralizar su eficacia.

Como se ha explicado antes[(66)], las especificidades del arbitraje en negociación colectiva, reguladas en la LRCT, encuentran su fundamento en la base constitucional propia que le asiste como medio de solución pacífica de los conflictos laborales y como sucedáneo del derecho fundamental a la negociación colectiva, que además debe ser promovido por el Estado, según se dispone en el artículo 28, inciso 2, de la Constitución.

En virtud de las consideraciones que se han expuesto antes, el arbitraje y los árbitros en sede de negociación colectiva deben reunir los atributos necesarios

(66) Ver los puntos I.1, I.2 y I.3 de este artículo.

para cumplir a cabalidad los fines y funciones que les asigna la Constitución y que han sido destacadas por el TC[67].

Como también se ha dicho, tales atributos incluyen, por ejemplo, la capacidad de no aplicar las normas que vulneren la Constitución, respetando el principio de supremacía de esta norma fundamental y la obligación de preferirla por sobre toda otra de jerarquía menor, de la que, como se ha argumentado antes, los árbitros no pueden sustraerse.

Como es evidente, no es posible llegar a estas conclusiones solo desde la perspectiva de la naturaleza económica del conflicto laboral. Por el contrario, es pertinente incorporar al análisis los conceptos y principios que emanan de la Constitución con relación a su propia primacía, a los medios de solución pacífica de los conflictos laborales y al carácter fundamental del derecho a la negociación colectiva, para concluir en que el arbitraje en sede de negociación colectiva no puede ver reducida sus atributos y potestades de modo que comprometan su eficacia en relación al marco conceptual y jurídico anotado.

d) Componentes de pronunciamiento de derecho en los laudos arbitrales en negociación colectiva

Otro aspecto esencial, que el análisis centrado exclusivamente en la dimensión económica del conflicto laboral no permite visualizar, radica en que raramente los pronunciamientos de los árbitros en sede de negociación colectiva tienen solo componentes de naturaleza económica.

Así, por ejemplo, los árbitros en negociación colectiva aplican normas legales y principios y razonamientos de contenido jurídico cuando resuelven sobre su propia competencia, las recusaciones que formulan las partes, si se ha sometido a su consideración asuntos indisponibles y sobre la procedencia o improcedencia del arbitraje. Más aún, al momento de pronunciarse sobre el fondo en el laudo arbitral, deben tener presente los límites mínimos a los derechos que las leyes y la Constitución acuerdan a los trabajadores, construyendo un pronunciamiento compatible con el marco constitucional y legal vigente.

De otro lado, siendo un producto asimilable al convenio colectivo en el sentido que produce los mismos efectos, no tiene naturaleza de tal, puesto que no se puede obviar que no surge del acuerdo de partes, sino de un mecanismo externo a estas, de heterocomposición, de carácter privado y dotado de autonomía frente a

(67) Ver las notas 18, 19 y 21.

ellas y al Estado. Por ello, la previsión contenida en el artículo 70 de la LRCT es imperfecta y debe ser corregida.

Adicionalmente, el hecho de que la judicatura no pueda revisarlos aspectos de fondo contenidos en el laudo arbitral emitido en sede de negociación colectiva, conduce a la conclusión inevitable de que tal arbitraje comparte atributos esenciales del arbitraje general.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Las aproximaciones a la naturaleza del arbitraje en negociación colectiva no pueden restringirse a tomar como fundamento único la dimensión económica del conflicto laboral colectivo.

De un lado, debe de considerarse que tal dimensión económica está también sobre la base de todos los conflictos de derecho, y de atenderse a la indudable relevancia jurídica del conflicto laboral colectivo, lo que ha conducido, entre otra cosas, a que el derecho fundamental a la negociación colectiva y el derecho a recurrir a los medios pacíficos de solución del conflicto laboral se configuren como bienes jurídicos que se incorporan al patrimonio jurídico de los sujetos de a relación laboral.

Por otra parte, la dimensión económica del conflicto laboral debe, en el análisis, ser integrada a la dimensión jurídica, concretada en la trama de relaciones, derechos y obligaciones que vinculan a los trabajadores considerados individualmente y al empleador –que se renuevan constantemente al influjo de la negociación colectiva–, y la estructura normativa vigente en la empresa, a la cual contribuye también la negociación colectiva.

En ese contexto, se inserta y opera el arbitraje en negociación colectiva como mecanismo de heterocomposición con la autoridad y la autonomía para modificar y generar derechos y obligaciones y configurar las relaciones laborales.

Con prelación, se deben incorporar en el análisis referido a la naturaleza del arbitraje en sede de negociación colectiva, los conceptos, principios y normativa que emanan de la Constitución en relación a la promoción de los medios de solución pacífica de los conflictos laborales, en armonía con el carácter fundamental del derecho a la negociación colectiva. Esa base dogmática y normativa de la mayor jerarquía conducen a afirmar que el arbitraje en negociación colectiva, para cumplir a cabalidad con su finalidad y función, debe contar con todos los atributos y prerrogativas que garanticen su viabilidad y eficacia, entre ellas la capacidad

de inaplicar las normas legales que vulneren la Constitución y lesionen el derecho fundamental a la negociación colectiva.

Ello explica las diversas manifestaciones que aproximan a este arbitraje especial y al arbitraje en general, entre ellas, la autonomía, la autoridad y el carácter privado que residen en este medio de solución pacífica de los conflictos, el alcance de los principios del arbitraje general al arbitraje en negociación colectiva, como los de no interferencia y de preservación del laudo arbitral, la garantía de no revisión de los aspectos de fondo del laudo arbitral, y la aplicación supletoria de las disposiciones de la norma general de arbitraje a los diversos aspectos que no están regulados en la LRCT, armonizándolas con la especialidad del arbitraje en negociación colectiva .

A mayor abundamiento, el arbitraje en negociación colectiva, siendo uno de equidad, se comporta en muchos aspectos como uno de derecho, lo que se concreta en la incorporación de principios, normas y consideraciones jurídicas en los pronunciamientos que se emiten en el curso de las actuaciones arbitrales, como en las consideraciones que atañen al marco de derechos mínimos e irrenunciables que tienen presentes los árbitros al momento de emitir el pronunciamiento de fondo o laudo.

Todas estas consideraciones conducen a postular que el arbitraje en negociación colectiva tiene un carácter mixto, compartiendo atributos de arbitraje de equidad y de derecho, en especial en lo que atañe a la autonomía y prerrogativas de los árbitros y a la imperatividad y eficacia del laudo arbitral, equivalentes a las que residen en el arbitraje general y en sus laudos.

El diseño imperfecto de la "impugnación" en sede judicial de los laudos derivados de la negociación colectiva que contiene la LRCT y la generación de un procedimiento específico para su trámite en la NLPT, no desvirtúan la proximidad del arbitraje en negociación colectiva y el arbitraje en general, más aún cuando los vacíos e imperfecciones de la regulación de la impugnación de laudos derivados de la negociación colectiva hacen imprescindible aplicar las regulaciones en materia impugnatoria que contiene la Ley de Arbitraje, como sucede con las causales para la impugnación y los efectos de los pronunciamientos estimatorios de la pretensiones impugnatorias.

INSTRUMENTOS CON ESTÁNDARES LABORALES ESTABLECIDOS POR ORGANIZACIONES INTERNACIONALES PARA LAS EMPRESAS MULTINACIONALES: ANÁLISIS DE SU EFECTIVIDAD

María Katia García Landaburu

Es por todos conocido que la globalización ha transformado el mundo en diversos aspectos. En el ámbito económico, la expansión de los mercados y la liberalización del comercio entre los países, han determinado que las empresas multinacionales adquieran gran importancia desde las últimas décadas del siglo pasado, y que los procesos de deslocalización empresarial que estas han venido implementando, afecten no solo al colectivo de trabajadores sino incluso a los Estados.

La reestructuración de la actividad productiva de las empresas multinacionales, la posibilidad de que puedan descentralizar sus actividades, eligiendo el lugar en el que las desarrollarán y la forma cómo lo harán, les puede permitir desvincularse de cierta normativa estatal que no les resulta favorable, lo cual debilita el sistema de protección del Derecho del Trabajo. Tal como señala Córdova, la legislación nacional del trabajo, que sirvió para regular adecuadamente las relaciones de trabajo en las economías nacionales, es ineficaz frente a las circunstancias de la economía mundial, "ha cambiado el ámbito del terreno de juego, pero no se han modificado las reglas del juego"(1).

(1) CORDOVA, Efrén. "Derechos Fundamentales y Comercio Internacional: Armonización de la Eficacia Económica con la Protección Social". En: *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2001, p. 283.

Esta situación, agravada por el incremento de las desigualdades entre los países (y entre las personas) con acceso al capital, al conocimiento y a las nuevas tecnologías, con respecto de aquellas que no lo tienen(2), ha llevado a diversas organizaciones y autores a proponer la construcción de una "globalización con rostro humano", que entre otras cosas, permita que se respeten los derechos laborales fundamentales en todo el mundo.

La necesidad de una "re-regulación internacional" de los derechos laborales, ha sido recogida de muy diversas maneras, que Ermida sistematiza, distinguiendo las formas de regulación tradicional o directa y las formas de regulación indirecta o alternativa. Mientras las primeras, tal como precisa dicho autor "intentan crear reglas de derecho al estilo del Derecho latino: normas jurídicas generales, abstractas, con vocación o pretensión de acatamiento por sus destinatarios, que procuran regular directa y sustantivamente relaciones y derechos laborales, a imagen y semejanza de la ley, aunque adaptadas al ámbito internacional" (como los Convenios Internacionales de Trabajo y los Pactos y Declaraciones de Derechos Humanos), las segundas no recurren a reglas de derecho sino a técnicas convencionales que obligan a las partes o manifestaciones unilaterales que constituyen compromisos éticos(3).

Los sujetos que intervienen en esta "re-regulación" son diversos, desde organizaciones internacionales como la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Organización de las Naciones Unidas (ONU), hasta las propias empresas multinacionales. Si bien las organizaciones internacionales intervienen sobre todo de una manera tradicional, en las últimas décadas, su preocupación por los efectos de la globalización, las ha llevado a crear instrumentos que sin calificar como normas jurídicas tradicionales y sin ser vinculantes, buscan que las

---

Como recalca Ruggie, "Las firmas que operan globalmente no están reguladas globalmente. En lugar de ello cada uno de sus componentes individuales está sujeto a la jurisdicción en la que opera. Incluso donde existen leyes nacionales que prohíben las conductas abusivas, esto no siempre puede darse por sentado, los Estados en muchos casos fracasan en implementarlas –por su falta de capacidad, temor a las consecuencias competitivas de hacerlo, o porque sus líderes subordinan el bien público por la ganancia privada–". (Traducción personal).

RUGGIE, John Gerard. *Just business: multinational corporations and human rights*. W.W. Norton & Company, Inc., Nueva York, 2013, p. xvi.

(2) Sanguineti se preocupa en resaltar que: "Las bolsas de exclusión social, desempleo y precariedad laboral se multiplican, así, en todos los países, sean estos desarrollados o no, mientras las economías se expanden y las empresas multinacionales, sus colaboradores locales y los demás sujetos con capacidad para integrarse en el mercado global obtienen beneficios cada vez mayores".

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. "La tutela de los derechos fundamentales del trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales". En: *Derecho del Trabajo. Tendencias contemporáneas*. Grijley, Lima, 2013, p. 311.

(3) ERMIDA URIARTE, Oscar. "Derechos laborales y comercio internacional". En: *Globalización económica y relaciones laborales*. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2003, p. 122.

empresas multinacionales asuman responsablemente los efectos de sus actividades y desarrollen las mismas respetando ciertos principios y derechos, en el ámbito laboral y en otras áreas.

De esa manera, estas organizaciones han procurado establecer criterios orientadores para las empresas interesadas en manifestar a sus *stakeholders* su nivel de Responsabilidad Social Empresarial, su compromiso de comportarse responsablemente ante la sociedad, por los diversos roles que le toca desempeñar (productora de bienes y suministradora de servicios, compradora, empleadora, vendedora, etc.), para así preservar su imagen y reputación corporativa.

A continuación se analizará tres instrumentos adoptados por similar número de organizaciones internacionales en materia de Responsabilidad Social Empresarial, las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la OIT y el Pacto Mundial promovido por la ONU. Los mencionados instrumentos, podrían identificarse dentro de algunas de las sistematizaciones que propone Ermida, como reglamentaciones de ámbito universal, de fuente pública, y que establecen estándares elaborados por un tercero, al cual se ajustan las empresas(4).

I. INSTRUMENTOS

Como ya se indicó, los mencionados instrumentos no son tratados internacionales ni son jurídicamente vinculantes, fijan criterios orientadores para las empresas sobre diversos temas laborales (y en otras materias, en el caso de las Directrices y el Pacto Mundial), por lo que formarían parte de lo que se ha venido denominando como *Soft Law* o "derecho blando"(5). Si bien no existen medidas coercitivas para su cumplimiento, cada organización ha previsto algunos procedimientos de control, que dependiendo del caso, pueden contribuir a darle una mayor efectividad al instrumento, los cuales analizaremos más adelante.

(4) ERMIDA URIARTE, Oscar. "Responsabilidad social de la empresa: ¿Ética, *marketing* o Derecho?". En: *Derecho PUCP*. Nº 64, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2010, pp. 96-97.

(5) Al que Ermida se refiere como "paranormas, protonormas, prenormas, pseudonormas o cuasinormas, recomendaciones, sugerencias, buenos propósitos, proyectos destinados no a imponer un determinado comportamiento, sino a sugerirlo". Ibídem, p. 86.

II. LÍNEAS DIRECTRICES PARA EMPRESAS MULTINACIONALES ("DIRECTRICES")

La OCDE es un foro intergubernamental constituido en 1961, como sucesor de la Organización Europea para la Cooperación Económica, que fue la encargada de administrar el Plan Marshall. Su objetivo principal es fomentar la cooperación y el desarrollo de políticas económicas y sociales que permitan mejorar la vida de los ciudadanos (para lo cual coordina sus políticas económicas y sociales). Sus actividades abarcan prácticamente todos los ámbitos de las políticas públicas: empleo, cuestiones macroeconómicas, regulación financiera, medioambiente, educación, agricultura, comercio, competencia, desarrollo, energía, industria, inversión, gobernabilidad, ciencia y tecnología, servicios públicos, fiscalidad, transportes, etc.

Las Directrices fueron adoptadas en 1976, y posteriormente revisadas en 1979, 1984, 1991 y también en el 2000[6] y el 2011. Son recomendaciones dirigidas conjuntamente por los gobiernos a las empresas multinacionales que ejerzan su actividad en o desde sus territorios, estando destinadas a todas las entidades pertenecientes a la empresa multinacional (sociedades matrices y/o entidades locales). No establecen una definición precisa de empresas multinacionales, solamente mencionan que habitualmente se trata de empresas u otras entidades establecidas en más de un país y relacionadas de tal modo que pueden coordinar sus actividades de diversas formas, pudiendo variar ampliamente su grado de autonomía en el seno de una empresa multinacional a otra.

Enuncian principios y normas voluntarias para una conducta empresarial responsable compatible con las legislaciones aplicables y los estándares reconocidos internacionalmente. Los gobiernos que han suscrito las Directrices animan a las empresas que ejercen su actividad en sus territorios a cumplirlas dondequiera que desarrollen su actividad, teniendo en cuenta al mismo tiempo las circunstancias concretas de cada país de acogida.

La vocación de las Directrices es garantizar que las actividades de esas empresas se desarrollen en armonía con las políticas públicas, fortalecer la base de confianza mutua entre las empresas y las sociedades en las que desarrollan su actividad, contribuir a mejorar el clima para la inversión extranjera y potenciar la contribución de las empresas multinacionales al desarrollo sostenible. Las

(6) El año 2000 se incorporó la disposición por la cual las Directrices son de aplicación en donde quiera que operen las empresas multinacionales –incluso en países que no las hayan suscrito–, se habilitó a las Organizaciones no Gubernamentales a presentar reclamos y se proyectaron sus mandatos a toda la cadena de suministro.

Directrices forman parte de la "Declaración de la OCDE sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales" (que también se refiere al tratamiento nacional, a las obligaciones contradictorias impuestas a las empresas y a los incentivos y desincentivos a la inversión internacional), promovida por su Comité de Inversiones y Empresas Internacionales(7). Actualmente se aplican a los 34 países miembros de la OCDE(8) y a los doce países que se han adherido a esa Declaración (Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Egipto, Jordania, Letonia, Lituania, Marruecos, Perú(9), Rumania y Túnez). Los gobiernos que han suscrito las Directrices deben promoverlas y fomentar su uso, estableciendo Puntos Nacionales de Contacto que las promuevan y actúen como un foro de discusión de todos los asuntos relacionados con las mismas, a fin de contribuir a la solución de los problemas que puedan surgir en la aplicación de las Directrices, alentando a que estos se resuelvan por acuerdo directo.

1. Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social ("Declaración")

La OIT, creada en 1919 como parte del Tratado de Versalles que terminó con la Primera Guerra Mundial, es un organismo especializado de la ONU. Actualmente tiene 185 Estados Miembros, sus mandantes son representantes de gobiernos, empleadores y trabajadores (estructura tripartita). Sus objetivos principales son fomentar los derechos laborales; ampliar las oportunidades de acceder a un empleo decente y mejorar la protección social y fortalecer el diálogo al abordar temas relacionados con el trabajo.

El objeto de la Declaración es fomentar la contribución positiva que las empresas multinacionales pueden aportar al progreso económico y social y minimizar y resolver las dificultades a que pueden dar lugar las operaciones de estas empresas, teniendo en cuenta las resoluciones de la ONU que preconizan el establecimiento de un nuevo orden económico internacional, así como acontecimientos que se hayan producido ulteriormente en la ONU, por ejemplo, el Pacto Mundial y los Objetivos de Desarrollo del Milenio, y además guiar a los gobiernos, las organizaciones de empleadores y de trabajadores y las empresas multinacionales

(7) El 2004 el Comité de Inversión Internacional y Empresas Multinacionales y el Comité de Movimientos de Capitales y Transacciones Invisibles se fusionaron y se creó el Comité de Inversiones.

(8) Los fundadores fueron Alemania, Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos, Francia, Grecia, Holanda, Irlanda, Islandia, Italia, Luxemburgo, Noruega, Portugal, Reino Unido, Suecia, Suiza, y Turquía. Posteriormente se incorporaron Japón (1964), Finlandia (1969), Australia (1971), Nueva Zelanda (1973), México (1994), Republica Checa (1995), Corea (1996), Hungría (1996), Polonia (1996), Eslovaquia (2000), Chile (2010), Eslovenia (2010). Estonia (2010) e Israel (2010).

(9) El Perú fue admitido como signatario de la Declaración sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales desde el 26 de julio de 2008. El Punto Nacional de Contacto peruano es Proinversión.

en la adopción de medidas y acciones, así como de políticas sociales, incluidas las basadas en los principios establecidos en la Constitución y los convenios y recomendaciones pertinentes de la OIT, capaces de promover el progreso social.

La Declaración fue adoptada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo en su 204ª reunión (Ginebra, noviembre de 1977) y enmendada en sus reuniones 279ª (noviembre de 2000) y 295ª (marzo de 2006).

Está dirigida a los gobiernos, a las organizaciones de empleadores y de trabajadores de los países de acogida y de origen y a las propias empresas multinacionales. Su aplicación se recomienda con carácter voluntario, habiéndose precisado que las disposiciones que contiene no deberían limitar ni afectar de otro modo las obligaciones derivadas de la ratificación de un convenio de la OIT.

Con respecto a las empresas multinacionales, la Declaración no tiene una definición jurídica precisa de estas, indica que a menos que se especifique de otro modo, dicha expresión se utiliza en la Declaración para designar a las distintas entidades (compañías matrices o unidades locales, o ambas, así como también el conjunto de la empresa) según la distribución de responsabilidades entre ellas, partiendo de la base de que se prestarán cooperación y mutua asistencia cuando sea necesario para facilitar la aplicación de los principios establecidos en la Declaración[10].

2. Pacto Mundial

La ONU fue fundada en 1945 después de la Segunda Guerra Mundial, actualmente cuenta con 193 miembros. Tiene entre sus objetivos principales mantener la paz y la seguridad internacionales; fomentar relaciones de amistad entre las naciones; ayudar a las naciones a trabajar unidas para mejorar la vida de los pobres, vencer el hambre, las enfermedades y el analfabetismo, y fomentar el respeto de los derechos y libertades de los demás; y servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos objetivos comunes.

En 1999 Kofi Annan, como Secretario General de la ONU, impulsó la creación del Pacto Mundial (*Global Compact*), el cual se lanzó oficialmente el 25 de julio de 2000 con la participación de 44 grandes multinacionales y representantes de la sociedad civil.

(10) Entre las empresas multinacionales figuran las empresas, que son propietarias o controlan la producción, la distribución, los servicios u otras facilidades fuera del país en que tienen su sede. El grado de autonomía de las distintas entidades que componen la empresa multinacional en relación con las demás varía grandemente de una empresa multinacional a otra, según el carácter de los lazos existentes entre estas unidades y sus respectivos campos de actividad, y teniendo en cuenta la gran diversidad en la forma de propiedad, el tamaño, el carácter y la localización de las operaciones de las empresas.

Es una iniciativa voluntaria diseñada a promover la innovación en relación con la ciudadanía corporativa, su objetivo es alinear los negocios internacionales con diez principios en cuatro áreas temáticas: los derechos humanos, trabajo, medioambiente y anticorrupción. No juzga ni vigila la conducta o acciones de las empresas, por el contrario, está diseñado para estimular el cambio, promover la buena ciudadanía corporativa, fomentar soluciones innovadoras y asociaciones empresariales.

Como la propia Oficina del Pacto Mundial indica, no es un instrumento de evaluación de desempeño, no proporciona un sello de aprobación, ni emite ningún tipo de juicio de valor, aunque permite el uso del logotipo de la ONU y del Pacto Mundial(11). Se considera como un complemento a otras iniciativas voluntarias y enfoques de reglamentación, ayudando a establecer el vínculo con la actividad empresarial y los derechos humanos, las normas laborales, el medio ambiente y la lucha contra la corrupción.

III. CONTENIDO

1. Directrices

Las Directrices, en su versión del año 2011, cuentan con un prefacio e identifican once temas. Los tres primeros se refieren a conceptos y principios, principios generales y divulgación de la información, mientras que los siguientes contienen disposiciones en materia de derechos humanos; empleo y relaciones laborales; medio ambiente; lucha contra la corrupción, las peticiones de soborno y otras formas de extorsión; intereses de los consumidores; ciencia y tecnología; competencia; y, cuestiones tributarias.

En materia de empleo y relaciones laborales, las Directrices tienen ocho párrafos (con sus respectivos subpárrafos). El primero de ellos se refiere a los cuatro derechos fundamentales del trabajo contenidos en la Declaración de Principios y Derechos Laborales Fundamentales en el Trabajo de 1998: la libertad de asociación y la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva; la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio; la abolición del trabajo infantil, y; la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. En los siguientes se

(11) El uso del logotipo de la ONU, no podrá hacerse con fines comerciales y sin previa autorización del Secretario General. Respecto al uso del nombre y logotipo del Pacto Mundial, este solo podrá ser utilizado por los usuarios autorizados y en un contexto de promoción del Pacto y sus principios.

refieren principalmente a la negociación colectiva y a los convenios colectivos[12], al empleo, a la salud y seguridad en el lugar de trabajo, y a los cambios en la actividad de la empresa que pueden afectar a los trabajadores.

En este último aspecto, precisan que cuando se contemplen cambios en las actividades de las empresas que puedan tener efectos significativos sobre los medios de subsistencia de sus trabajadores, en el caso concretamente del cierre de una entidad que implique ceses o despidos colectivos, hay que notificar dichos cambios con una antelación razonable a los representantes de sus trabajadores y, en su caso, a las autoridades públicas competentes y colaborar con los representantes de los trabajadores y con las autoridades públicas competentes para atenuar, en la máxima medida de lo posible, los efectos adversos (incluso teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada caso, convendría que la dirección enviase dicha notificación antes de adoptar la decisión definitiva).

Como puede apreciarse y como se reconoce en los propios comentarios del instrumento, las Directrices reflejan las disposiciones pertinentes de la Declaración de la OIT de 1998 así como las de la Declaración, y pueden servir para comprender mejor las Directrices debido al mayor detalle que usan para desarrollar los temas, aunque como precisa Servais, los procedimientos de seguimiento están institucionalmente separados[13].

2. Declaración

La Declaración resulta mucho más específica en materia laboral que otros instrumentos, al centrarse en este aspecto. Contiene principios en materia de empleo (promoción del empleo, igualdad de oportunidades y de trato, seguridad del empleo); formación profesional; condiciones de trabajo y de vida (salarios, prestaciones y condiciones de trabajo, edad mínima, seguridad e higiene); relaciones laborales (libertad sindical y derecho de sindicación, negociación colectiva, consultas, examen de las reclamaciones, solución de los conflictos laborales), que desarrolla en 59 párrafos.

Contempla principios aplicables a los gobiernos, las organizaciones de empleadores y de trabajadores y las empresas multinacionales, en conjunto[14] o por

(12) Con respecto a los convenios colectivos, las Directrices incluyen disposiciones para que las empresas proporcionen a los representantes de los trabajadores los medios necesarios para la consecución de convenios colectivos eficaces.

(13) SERVAIS, Jean-Michel. *International Labor Law*. Kluwer Law International, Great Britain, 2009, p. 104.

(14) Se les exhorta a respetar la Declaración Universal de Derechos Humanos y los pactos internacionales correspondientes adoptados por la Asamblea General de la ONU, y la Constitución de la OIT y sus principios, de acuerdo con los cuales la libertad de expresión y de asociación son esenciales para un

separado. No es nuestra intención analizar detalladamente estos principios en el presente trabajo, que se dirigen sobre todo a los gobiernos[15] y a las empresas multinacionales, sin embargo, para que pueda compararse su amplitud respecto a los otros dos instrumentos que se están estudiando, es posible mencionar algunos principios dirigidos a las empresas multinacionales.

En materia de empleo, establece que las empresas multinacionales deben esforzarse por aumentar las oportunidades y niveles de empleo, teniendo en cuenta la política y los objetivos de los gobiernos; dar la prioridad al empleo, el desarrollo profesional, la promoción y el perfeccionamiento de los nacionales del país de acogida; utilizar tecnologías capaces de crear empleo tanto directa como indirectamente; crear vínculos con las empresas locales mediante contratos de aprovisionamiento, fomentando la transformación local de las materias primas y la fabricación local de piezas de recambio y equipos; y, actuar como modelo en la promoción de la seguridad del empleo, notificando con antelación razonable los posibles cambios en sus operaciones y evitando los despidos arbitrarios.

Con respecto a las condiciones de trabajo y de vida, deben ofrecer salarios, prestaciones y condiciones de trabajo no menos favorables que las ofrecidas por los empleadores comparables en el país en cuestión; ofrecer los mejores salarios, prestaciones y condiciones de trabajo que sea posible, dentro del marco de la política gubernamental, a fin de satisfacer las necesidades básicas de los trabajadores y sus familias; respetar la edad mínima de admisión al empleo; mantener el máximo nivel de seguridad e higiene en el trabajo; y, examinar las causas de los riesgos a la seguridad e higiene en el trabajo.

Finalmente, en materia de relaciones de trabajo, las empresas multinacionales deben aplicar normas que no sean menos favorables que las observadas por empleadores comparables; respetar la libertad sindical y el derecho a la negociación

---

progreso sostenido. Además, se precisa que deberían contribuir a hacer realidad la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, adoptada en 1998, y cumplir los compromisos libremente contraídos de conformidad con la legislación nacional y las obligaciones internacionales aceptadas (Párrafo 8).

(15) La Declaración exhorta a los gobiernos de los Estados que no hayan ratificado todavía los Convenios 29 (sobre el trabajo forzoso), 87 (sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación), 98 (sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva), 100 (sobre igualdad de remuneración), 105 (sobre la abolición del trabajo forzoso), 111 (sobre la discriminación), 122 sobre la política del empleo, 138 (sobre la edad mínima de admisión al empleo) y 182 (sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación) a que procedan a esta ratificación y, en todo caso, apliquen en la medida más amplia posible, a través de sus respectivas políticas nacionales, los principios incorporados en dichos Convenios y en las Recomendaciones 35 (sobre la imposición indirecta del trabajo), 90 (sobre igualdad de remuneración), 111 (sobre la discriminación), 119 (sobre la terminación de la relación de trabajo), 122 (sobre la política del empleo), 146 (sobre la edad mínima), 169 (sobre la política del empleo), 189 (sobre la creación de empleos en las pequeñas y medianas empresas) y 190 (sobre las peores formas de trabajo infantil).

colectiva y proporcionar las facilidades e informaciones que sean necesarias para la conclusión de convenios colectivos eficaces; dar su apoyo a las organizaciones representativas de empleadores; y, examinar las reclamaciones de los trabajadores siguiendo un procedimiento adecuado.

3. Pacto Mundial

El Pacto Mundial tiene diez principios, en materia de derechos humanos (2), estándares laborales (4), medio ambiente (3) y anticorrupción (1)[16].

Los cuatro principios en materia laboral, están relacionados con los principios y derechos fundamentales en el trabajo contenidos en la Declaración de la OIT de 1998, a los que ya hicimos referencia.

El Principio 3 del Pacto Mundial dispone que las empresas deben apoyar la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva, y propone algunas medidas, como asegurarse de que las políticas y los procedimientos de la empresa no entrañan ninguna discriminación hacia ninguna persona por sus opiniones sobre los sindicatos o por sus actividades sindicales.

En el Principio 4, se indica que las empresas deben apoyar la eliminación de toda forma de trabajo forzoso o realizado bajo coacción. En este caso, se propone entre otras cosas que las empresas dispongan de una política clara que prohíba el trabajo forzoso, ser cómplice u obtener ventajas del mismo, y si se confía la contratación de personal a proveedores de mano de obra, asegurarse de que estos no suministren mano de obra forzosa.

El Principio 5 establece que las empresas deben apoyar la erradicación del trabajo infantil. A ese efecto se propone que la empresa conozca los países, las regiones, los sectores y las actividades económicas donde es más probable que se dé el trabajo infantil; desarrolle y aplique mecanismos para detectar el trabajo infantil; y ayude en la elaboración de programas comunitarios en materia de educación, formación profesional y asesoramiento destinados a los niños trabajadores, y preste apoyo a los mismos.

Finalmente, el Principio 6 señala que las empresas deben apoyar la abolición de las prácticas de discriminación en el empleo y ocupación, considerando como tal cualquier distinción, exclusión o preferencia que produzca el rechazo o la desigualdad en las oportunidades o en el trato de solicitudes de empleo o de

(16) El décimo principio se agregó el 2004, luego de la adopción de la Convención de la Naciones Unidas Contra la Corrupción).

ocupación realizada por razón de raza, color, sexo, religión, opiniones políticas, nacionalidad de origen o extracción social (o por una discapacidad física o mental).

IV. PROCEDIMIENTO DE IMPLEMENTACIÓN O PUESTA EN PRÁCTICA

1. Directrices

La OCDE ha dispuesto[17] que los países que han suscrito las Directrices deben crear Puntos Nacionales de Contacto (PNC) que contribuyan a reforzar la eficacia de las Directrices, llevando a cabo actividades promocionales, contestando a las consultas y participando en la solución de los problemas que plantea la puesta en práctica de las Directrices.

Además, se ha encargado al Comité de Inversión la responsabilidad de intercambiar, periódicamente o a petición de un país que haya suscrito las Directrices, puntos de vista respecto a las cuestiones abordadas por las Directrices y a la experiencia adquirida en su aplicación. Para ello, invitará periódicamente al Comité Consultivo Empresarial e Industrial de la OCDE (BIAC) y al Comité Consultivo Sindical de la OCDE (TUAC), al *OECD Watch* y a otros socios internacionales a dar a conocer sus opiniones respecto a las cuestiones abordadas por las Directrices. Adicionalmente, se podrán celebrar, cuando así lo soliciten, intercambios de puntos de vista respecto a estas cuestiones.

Este Comité es el encargado de aclarar las Directrices, debiendo brindar a las partes implicadas en una circunstancia específica que haya motivado una solicitud de aclaración, la oportunidad de manifestar sus opiniones verbalmente o por escrito (sin llegar a conclusiones sobre la conducta de empresas determinadas). Además, el Comité presentará las propuestas para su reexamen periódico.

2. Declaración

En 1978, el Consejo de Administración invitó a los gobiernos a presentar informes periódicos sobre el curso dado a la Declaración, previa consulta plena con las organizaciones nacionales de empleadores y de trabajadores (posteriormente instauró un procedimiento para el examen de dichos informes). La Octava Encuesta correspondió al periodo 2000-2004.

(17) Procedimientos de puesta en práctica de las líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales, aprobado por Decisión del Consejo de la OCDE en junio de 2000.

Según el informe presentado el año 2012 al Grupo de Trabajo especial tripartito sobre el mecanismo de seguimiento de la Declaración, por el organismo de investigación independiente, las encuestas presentaban una serie de desventajas,[18] por lo que propusieron una serie de medidas. En marzo del año 2014, el Consejo de Administración decidió refrendar el plan para la aplicación del mecanismo de seguimiento de la Declaración, que incluye actividades de promoción y un sistema de recogida de información sobre el curso dado a la Declaración[19].

Como puede apreciarse, el mecanismo de seguimiento de la Declaración tuvo una serie de problemas, que se espera corregir en el futuro. Sin embargo, eso refleja las dificultades que ha tenido el seguimiento de este instrumento en las últimas décadas.

3. Pacto Mundial

Para participar en el Pacto Mundial, una empresa[20] puede enviar una carta redactada por el Funcionario Ejecutivo Principal (con previa aprobación de la Junta Directiva) al Secretario General de la ONU, dirigida a la Oficina del Pacto, expresando su apoyo al Pacto Mundial y sus principios, y su voluntad de promover los diez principios[21].

En el caso de las multinacionales, que normalmente desarrollan sus actividades a través de subsidiarias constituidas en diversos países, se ha dispuesto la aplicación del principio de liderazgo a través del cual, el director ejecutivo de una multinacional, previo envío de la carta al Secretario General de las Naciones Unidas, figura como participante, asumiéndose que las subsidiarias también participan (solo aparecerá el nombre de la empresa matriz)[22].

---

(18) Como se menciona en el Documento GB.317/POL/8, los objetivos de las encuestas eran vagos y contradictorios (promover la Declaración y a la vez recopilar datos sobre su utilización); no había procedimientos documentados sobre el enfoque metodológico de las encuestas; los cuestionarios no estaban normalizados, lo que imposibilitaba una comparación diacrónica de los resultados; los cuestionarios pretendían reflejar demasiadas cuestiones; con frecuencia, las preguntas específicas abarcaban múltiples facetas y eran de difícil comprensión; gran parte de los datos solicitados no estaban disponibles; la mayoría de las preguntas daban pie a respuestas de tipo narrativo, lo que limitaba la comparabilidad de las respuestas; y la cumplimentación de los cuestionarios exigía mucho tiempo a los encuestados

(19) Para mayor información, puede revisarse el Documento GB.320/POL/10.

(20) Si bien las empresas son el destinatario principal del Pacto Mundial, se ha dispuesto que también las organizaciones sin actividad empresarial pueden comprometerse con los diez principios del Pacto Mundial y presentar un informe sobre los progresos realizados. Además, la sociedad civil y otras organizaciones pueden participar a través de una serie de mecanismos de integración, como *diálogos sobre política, actividades de aprendizaje, redes nacionales y alianzas*.

(21) Debido a las limitaciones administrativas, las empresas con menos de diez empleados directos (microempresas) no entran en la base de datos de las empresas participantes.

(22) Aunque las empresas subsidiarias que deseen enviar una carta directamente al Secretario General lo pueden hacer, para subrayar el compromiso y pasando a formar parte de la lista de participantes.

Las empresas que se adhieren al Pacto Mundial tienen que integrar los cambios necesarios en las operaciones, de tal manera que el Pacto Mundial y sus principios sean parte de la gestión, la estrategia, la cultura y el día a día de la actividad empresarial; apoyar públicamente el Pacto Mundial y sus principios (por ejemplo, a través de comunicados de prensa, discursos, entre otros) y presentar anualmente una Comunicación sobre el Progreso (*Communication on Progress*-CoP) con una descripción de las acciones que se realizan para implementar y apoyar el Pacto Mundial y sus principios, presentando concretamente ejemplos en los cuales se evidencien los progresos de la empresa o que hayan aprendido alguna lección en la implementación de los principios. La primera comunicación debe formularse dentro del año de realizada la incorporación.

Los pasos para transmitir el progreso, van desde la creación de una CoP[23] y compartirla con los grupos de interés (que debería estar integrada a la comunicación que tenga la empresa con ese objetivo, como los estados contables anuales o el Informe de Responsabilidad Social Corporativa), hasta la publicación de la CoP en el sitio web del Pacto Mundial. Si bien el Pacto no verifica la CoP, esta se publica, lo que genera que las empresas deban tener cuidado al momento de emitir su comunicación y garantizar la veracidad de la información vertida.

Para fortalecer los contenidos de la CoP, el 25 de febrero de 2011, se introdujo la Política de Comunicación sobre el Progreso que prevé un nuevo nivel de clasificación entre los participantes que ingresen su CoP dentro del plazo[24], lo cual en opinión de Luelmo, "representa una nueva fase en la transparencia y vigilancia de los logros del Pacto, diseñado no solo para mejorar la transparencia entre los partícipes menos expertos, sino también para estimular el progreso continuo entre las empresas más avanzadas"[25].

---

(23) Si bien no existe un formato o estándar específico para una CoP, la comunicación debe contener tres elementos, la declaración explicita de apoyo continuo al Pacto Mundial manifestada por el CEO o por otro funcionario de alto nivel de la empresa; una descripción de las acciones prácticas que se han tomado; y, la medición de los resultados actuales o esperados.

La filosofía clave del Pacto Mundial es la mejora continua, lo cual implica evaluar en dónde se encuentra la empresa y cómo ha progresado en el cumplimiento de sus objetivos, e identificar los objetivos futuros. A este efecto el Pacto Mundial sugiere seguir las Pautas para la Elaboración de Informes de Sustentabilidad G3 (G3 Sustainability Reporting Guidelines) del GRI (Global Reporting Initiative).

(24) Nivel GC Activo, si solo cumplen con los requerimientos formales que se establecen en el informe, y Nivel GC Avanzado si además describen la manera en la que alcanzaron o alcanzarán los 24 criterios avanzados sobre las siguientes áreas: estrategia; gobierno y diálogo; asuntos y objetivos de la ONU; implementación de los Principios del Pacto Mundial; implementación en la cadena de valor; y verificación y divulgación.

(25) LUELMO MILLÁN, Miguel Ángel. *La responsabilidad social corporativa en el ámbito del Derecho laboral. Un instrumento económico-jurídico para un humanismo del siglo XXI.* Netbiblo, Oleiros, La Coruña, 2012, p. 246.

V. MECANISMOS DE VERIFICACIÓN, QUEJA O SANCIONATORIOS

1. Directrices

La misión de los PNC es favorecer la eficacia de las Directrices. Los países cuentan con total flexibilidad para organizar sus PNC, de tal manera que puedan ofrecer una estructura eficaz para el tratamiento de los muy diversos asuntos que plantean las Directrices y que puedan funcionar con total imparcialidad(26).

El PNC debe encargarse de la información y promoción de las Directrices, y responder las consultas que le realicen otros Puntos Nacionales de Contacto; los círculos empresariales, las organizaciones sindicales, otras organizaciones no gubernamentales y el público; y los poderes públicos de los países que no hayan suscrito las Directrices.

En cuanto a su participación en casos concretos, se ha previsto que el PNC proporcionará un foro de discusión y ayudará a los círculos empresariales, a las organizaciones sindicales, a otras organizaciones no gubernamentales y a las demás partes interesadas a resolver los problemas planteados de manera eficiente y puntual, y de conformidad con la legislación aplicable.

Primero realizará una evaluación inicial para determinar si las cuestiones planteadas merecen un examen más detenido y responderá a las partes implicadas, y cuando las cuestiones planteadas merezcan un examen más profundo, ofrecerá sus buenos oficios para facilitar a las partes implicadas su resolución. A tal efecto, el PNC realizará consultas con estas partes y, cuando proceda recabará asesoramiento;(27) y además propondrá y, con el consentimiento de las partes implicadas, facilitará el acceso a medios consensuales y no contenciosos, como la conciliación o la mediación, para facilitar la resolución de las cuestiones planteadas.

Al término de los procedimientos y tras consulta a las partes implicadas, hará públicos los resultados de los procedimientos teniendo en cuenta la necesidad

(26) Un PNC puede estar compuesto por representantes con experiencia de uno o varios ministerios, ser un alto funcionario o un departamento administrativo dirigido por un alto funcionario, un grupo interministerial o incluso un grupo que incluya a expertos independientes. También podrán formar parte de los PNC representantes de los círculos empresariales, de las organizaciones sindicales u otras organizaciones no gubernamentales.

(27) De las autoridades competentes y/o de los representantes de los círculos empresariales, de las organizaciones sindicales, de otras organizaciones no gubernamentales y de expertos competentes; consultará al PNC del otro país interesado o de los otros países interesados; solicitará la orientación del Comité de Inversión si alberga dudas acerca de la interpretación de las Directrices en determinadas circunstancias.

de proteger las informaciones sensibles, ya se trate de informaciones comerciales o de otras informaciones relativas a las partes implicadas, mediante la publicación de un comunicado o un informe(28).

Si bien la intervención del PNC permite darle efectividad a las Directrices, se ha impuesto un compromiso de confidencialidad que podría ser considerado el punto débil de este instrumento pues uno de los factores que justamente contribuye a que las empresas multinacionales cuiden su comportamiento y respeten los derechos laborales, es la mala publicidad que pueden recibir. En este caso, se ha previsto que, mientras estén en curso los procedimientos, se asegurará la confidencialidad de los trabajos; si al término de los mismos las partes no llegan a un acuerdo para la resolución de los problemas planteados, podrán expresarse libremente y discutir estas cuestiones. No obstante, la información y las opiniones aportadas durante los trabajos por la otra parte implicada se mantendrán confidenciales, a menos que esta de su consentimiento para que se divulguen o que sea contrario a las disposiciones de la legislación nacional.

2. Declaración

Existe un procedimiento para el examen de conflictos relativos a la aplicación de la Declaración mediante la interpretación de sus disposiciones, que fue adoptado en 1980 y revisado por el Consejo de Administración de la OIT en su 232ª reunión, en marzo de 1986.

Este procedimiento tiene por finalidad interpretar las disposiciones de la Declaración, cuando ello sea menester, para solventar una controversia sobre su significado, dimanante de una situación real, entre las partes objeto de la Declaración(29). La regla general es que pueden enviar solicitudes de interpretación los

(28) El comunicado se utilizará en caso el PNC decidiera que los asuntos planteados no justifican un examen en profundidad; en dicho comunicado, el PNC deberá al menos presentar los asuntos planteados y exponer los motivos de su decisión. También se emitirá un comunicado cuando no se haya llegado a ningún acuerdo o una de las partes no desee participar en el procedimiento. En dicho comunicado, el PNC deberá como mínimo presentar los asuntos planteados, las razones por las que ha decidido que se justifica un examen en profundidad y los procedimientos que haya iniciado para ayudar a las partes. El PNC formulará recomendaciones apropiadas sobre la aplicación de las Directrices, que habrán de figurar en el comunicado. En su caso, también podrá indicar las razones por las que no ha sido posible llegar a un acuerdo.

El PNC publicará un informe en el caso en que las partes llegaran a un acuerdo sobre los asuntos planteados. En dicho informe, el PNC deberá como mínimo presentar los asuntos planteados, los procedimientos iniciados para ayudar a las partes e indicar el momento en el que se haya llegado a un acuerdo. Las informaciones relativas al contenido del acuerdo solo podrán figurar en el informe si las partes implicadas dan su aprobación.

(29) Se ha previsto expresamente que este procedimiento en modo alguno se añadirá a los procedimientos vigentes nacionales o de la OIT ni entrará en conflicto con ellos, por lo tanto, no podrá alegarse respecto de la legislación y la práctica nacionales (que deben ser examinadas a través del sistema nacional

gobiernos de los Estados Miembros, por iniciativa propia o a petición de una organización nacional de empleadores o de trabajadores. Solo se permite que estos últimos presenten directamente solicitudes, o que lo haga una organización internacional de empleadores o de trabajadores en nombre de una afiliada nacional representativa, cuando sea posible demostrar que el gobierno interesado se ha negado a presentar la solicitud a la Oficina; o que han pasado tres meses desde la fecha en que la Organización se dirigió al gobierno, sin recibir respuesta de la intención de este.

Una vez recibida una solicitud de interpretación de la Declaración, la OIT la someterá a la Mesa de la Comisión sobre las Empresas Multinacionales, que decidirá por unanimidad, previas consultas en los grupos, si una solicitud es admisible en virtud de este procedimiento. Cuando la Mesa no pueda llegar a un acuerdo sobre la solicitud recibida, la remitirá a la Comisión en pleno a efectos de decisión.

En el caso de solicitudes admisibles, la Oficina preparará un proyecto de respuesta en consulta con la Mesa de la Comisión sobre las Empresas Multinacionales. Este proyecto será objeto de examen y aprobación por la Comisión sobre las Empresas Multinacionales antes de someter dicho proyecto al Consejo de Administración para su aprobación. Una vez aprobada por el Consejo de Administración, la respuesta se enviará a las partes interesadas y se publicará en el Boletín Oficial de la Oficina Internacional del Trabajo.

3. Pacto Mundial

Esta iniciativa no ha previsto un monitoreo o mecanismos de implementación. El 15 de junio de 2004, se estableció un mecanismo "sancionatorio", vinculado a la entrega de las CoP, disponiéndose que si una empresa no cumpliera con el plazo inicial de publicación de la CoP o con el plazo final anual siguiente, recibirá la calificación de "no comunicante" en el sitio web del Pacto Mundial. La empresa "no comunicante" deberá presentar su CoP, como máximo, un año después de haber sido nombrada "no comunicante"; de no hacerlo, será transferida a la lista de "empresas inactivas" y no se la considerará parte de la iniciativa. Las empresas "inactivas" ya no podrán utilizar el logo del Pacto Mundial ni participar en las actividades de aprendizaje. Luego de un año con la calificación de "inactiva", se eliminará por completo a las empresas del sitio web del Pacto Mundial[30].

---

competente); ni respecto de los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo y los asuntos que incumben al procedimiento de libertad sindical.

(30) Sin embargo, considerando los objetivos del Pacto Mundial estas calificaciones como "no comunicante" o "inactiva" no impiden que la empresa vuelva a obtener la calificación de "activa", las empresas que

El 15 de junio de 2004 también se estableció un mecanismo de quejas ante la Oficina del Pacto. De acuerdo con el anexo 1 "Note in Integrity Measures", el Pacto reafirma que no aspira a ser una iniciativa que contenga mecanismos de queja, pero con el fin de salvaguardar la reputación, integridad y esfuerzos del Pacto y sus participantes, es necesario contar con medios transparentes de denuncia por la comisión de abusos graves o sistemáticos de los objetivos y principios del Pacto. Estas comunicaciones de ningún modo tienen una naturaleza legal, así como tampoco sustituyen procesos regulatorios o legales en ninguna jurisdicción.

Se ha previsto que la Oficina del Pacto deberá proveer asistencia y guía a la empresa implicada para que esta tome acciones que remedien la situación objeto de la comunicación con el fin de alinear las acciones de la empresa con los principios del Pacto Mundial.(31) Si la empresa rechaza el diálogo en los tres meses siguientes a la primera comunicación de la Oficina, entonces será calificada como "no comunicante" hasta que inicie el diálogo, y la Oficina se reservará el derecho de expulsión. De igual modo, la empresa no podrá utilizar el nombre o logotipo del Pacto Mundial.

VI. EVALUACIÓN DE LA EFECTIVIDAD DE LOS INSTRUMENTOS

1. Directrices

De acuerdo con la información que maneja el Comité de Inversiones de la OCDE, existen 248 casos concluidos y 44 en progreso, correspondiendo el 59 % del total de los casos a temas vinculados a empleo y relaciones laborales(32).

El Perú, ha estado involucrado en algunos casos vinculados a la aplicación de las Directrices, en temas ambientales (relacionados con las actividades de Doe

---

han sido eliminadas del Pacto Mundial luego de haber tenido la calificación de "inactiva" por un año deben enviar una carta al Secretario General de las Naciones Unidas que declare que vuelven a asumir el compromiso con la iniciativa y publicar una CoP actualizada a fin de volver a pertenecer a la iniciativa.

(31) Adicionalmente, el Pacto puede, bajo absoluta discreción, tomar diversas medidas, que van desde usar sus buenos oficios para fomentar la resolución del asunto; remitir la queja a una o más entidades de la ONU, guardianes de los principios del Pacto, para asesorar, asistir o accionar; compartir información con las partes sobre las instancias procesales específicas de la Guía de la OCDE para las empresas multinacionales, y, en el caso que estén implicados principios laborales, la interpretación procesal de la Declaración; y remitir la queja a la Junta del Pacto Mundial, contando con la experiencia y las recomendaciones de estos.

(32) Información obtenida en <http://mneguidelines.oecd.org/database/>. Fecha de última consulta: 3 de setiembre de 2014.

Run) y laborales, habiéndose denunciado en este último caso al Grupo Altas Cumbres, a Glencore, al Grupo Telefónica y a Ripley.

De acuerdo con la información de *OECD Watch*[33], en abril de 2007 la Confederación General de Trabajadores del Perú, presentó ante el PNC chileno una denuncia contra el Grupo Altas Cumbres, accionista del Banco del Trabajo, por considerar que dicho banco violaba la libertad sindical y de negociación colectiva de los dirigentes y afiliados del Sindicato Unitario de Empleados del Banco del Trabajo Sutrabantra y del Sindicato Unificado de Trabajadores del Banco del Trabajo Sudebantra[34]. El PNC chileno admitió el caso pues el Grupo Altas Cumbres se encontraba vinculado a inversionistas chilenos (el Grupo Cummins), pero luego de notificar a la empresa de la presentación del reclamo, el PNC informó a los reclamantes que esta se negaba a participar en el procedimiento de instancia específica ante el PNC. El Grupo Cummins negó ser propietario del Banco, con ese argumento, el PNC chileno ya no tenía capacidad para intervenir en el caso, por lo cual este fue cerrado.

La base de datos de la OCDE considera los dos siguientes casos, originados en pedidos realizados el 2009. En marzo de ese año la Central Unitaria de Trabajadores del Perú (CUT) presentó una solicitud, relacionada con los derechos laborales de los trabajadores mineros de la subsidiaria de una empresa multinacional suiza, que cerró una mina. En el reporte 2014 enviado por el PNC peruano a la OCDE se menciona el caso[35], si bien no se indica el nombre de la empresa, con esa información es posible identificarla, pues el año 2008 Glencore (actualmente Glencore Xstrata) cerró la mina Rosaura, para lo cual aparentemente obligó a los trabajadores a renunciar, y la CUT ha hecho pública una reunión sostenida con el PNC en febrero de 2014[36].

En noviembre de 2009 la CUT y el Sindicato de Trabajadores de las empresas de Telefónica en el Perú y de las del sector Telecomunicaciones (Sitentel), presentaron una solicitud alegando que algunas de las empresas que

(33) Red Internacional de Organizaciones No Gubernamentales (ONGs) que promueve la responsabilidad empresarial, que tiene como objetivo informar a la comunidad de ONGs sobre las políticas y actividades del Comité de Inversión de la OCDE. La información del caso puede revisarse en: <http://oecdwatch.org/cases/Case_116>.

(34) Este caso también fue presentado por la CGTP al Comité de Libertad Sindical de la OIT el 6 de febrero de 2007.

(35) Información disponible en: <http://www.investinperu.pe/RepositorioAPS/0/0/JER/PERU_OECD/PERU%20NCP%20ReportingFramework2014.pdf>.

(36) Información disponible en: <http://sintramin.wordpress.com/tag/sintramin-punto-nacional-de-contacto-oecd/>. Fecha de última consulta: 31 de agosto de 2014.

componen el Grupo Telefónica en el Perú no estaban cumpliendo las Directrices al no iniciar negociaciones para llegar a un convenio colectivo. Al respecto, el PNC informó que estaba prestando asistencia a las partes y coordinado con el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, habiendo recibido información sobre todos los procedimientos administrativos pendientes con empresas del Grupo Telefónica.

El caso más reciente está vinculado a Ripley. En junio de 2014 la UNI Global Union, federación sindical internacional del sector servicios, presentó una queja contra dicha empresa ante los PNC de Colombia, Chile y Perú por afectar los derechos humanos y la libertad sindical de sus trabajadores en el Perú(37). Las actividades que realicen los PNC en este caso, permitirá apreciar qué tan efectivos son, y si esta queja puede tener algún resultado favorable para los trabajadores.

2. Declaración

Con respecto al examen de conflictos relativos a la aplicación de la Declaración, Hernández(38) menciona cinco casos en que se aplicó el procedimiento mencionado anteriormente, el Caso BIFU (1984-1985), el Caso Belga Nº 1 (1987-1988), el Caso UITA (1992), el Caso ICEF (1993-1995) y el Caso Belga Nº 2. Aunque solo en cuatro de ellos se emitió resolución(39).

El Caso BIFU (*Banking Insurance and Finance Union of London*) fue presentado por una organización sindical, y envolvía a una empresa multinacional norteamericana que había despedido trabajadores en el Reino Unido. Se discutía si la organización sindical debía ser informada pese a no haber sido reconocida por la multinacional, en base al Párrafo 26 de la Declaración (plazo razonable para comunicar cambios) y no ser requerido ello por la legislación nacional al tratarse de

(37) Información disponible en: <http://www.uniglobalunion.org/es/news/ripley-es-acusada-ante-la-ocde-por-atentar-contra-los-derechos-de-los-trabajadores>.

(38) HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, Juan. *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa. De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales*. Hegoa, Bilbao, 2009, pp. 397-398.

La información de esos casos se ha tomado de este trabajo de Hernández.

(39) En el Caso ICEF (*International Federation of Chemical, Energy and General Workers' Unions*) no se emitió resolución ya que se proponían dos interpretaciones opuestas en la Subcomisión. No se alegaron cuestiones de fondo sino de procedimiento, ya que por parte del presidente se entendía que no existía conflicto real porque las partes habían llegado a acuerdos, el caso estaba planteado en la OCDE –lo que cerraba el foro a la OIT–, los tribunales habían resuelto la cuestión de fondo y no había materia para la interpretación. Mientras que el vicepresidente representante de los trabajadores interpretaba en forma contraria cada punto.

una organización sindical no reconocida. En este caso, se establecieron algunos criterios interpretativos[40] y respecto al tema de fondo, se entendió que las operaciones de empresas transnacionales que puedan tener efectos sobre el empleo deben ser notificadas con la antelación suficiente para mitigar los efectos adversos, haciéndose referencia al Convenio 158 sobre terminación del empleo, que había sido adoptado después de la Declaración.

El Caso Belga Nº 1 fue presentado por el gobierno belga debido a que la subsidiaria belga de una multinacional francesa no informó previamente que su planta en ese país iba a cerrar y todos los trabajadores iban a cesar, pese a que la ley belga exigía un aviso previo con 30 días de anticipación. En este caso se resolvió que las disposiciones no pueden interpretarse aisladamente y, por lo tanto, incidir solo en el control de los efectos sociales negativos de la actividad de las multinacionales (cierre de una empresa con plan social en forma de acuerdo de empresa con indemnizaciones); también se indicó que las multinacionales contribuyen al progreso económico y social, de ahí que los dos objetivos sean interdependientes y no puedan perseguirse por separado.

En el Caso UITA se reiteró el criterio de conflicto real limitado al existente entre los trabajadores y la dirección, no aceptando que las inversiones de una empresa en un país donde se desprecian todos los derechos humanos, y por tanto quedase afectado el principio de contribución al progreso económico y social, fuese un conflicto real.

Finalmente, en el Caso Belga Nº 2 la resolución estableció que una decisión anterior de la OCDE sobre la misma materia no vinculaba a la OIT y que la Declaración no puede alegarse para no acatar obligaciones nacionales ni internacionales ya que no se justifica la falta de información con la antelación suficiente que exige la legislación nacional amparándose en la Declaración (el anuncio en rueda de prensa del cierre de una filial y posterior información de la decisión al comité de empresa viola la legislación nacional). Respecto al fondo, se interpretó la obligación de establecer consultas respecto a los hechos que pudieran causar daños al empleo y se determinó que la notificación se realice con tiempo suficiente. A su vez, las legislaciones nacionales no pueden limitar los objetivos de empleo estable y seguro y se interpreta que los responsables de la multinacional que negocien con los representantes de los trabajadores deben tener capacidad de decisión.

(40) Sobre la necesidad de que exista un conflicto real surgido de una situación concreta y, por lo tanto, probada, determinando que la existencia de leyes nacionales no excluye el procedimiento de interpretación y no se deben agotar todos los recursos nacionales para interpretar la Declaración.

3. Pacto Mundial

A la fecha cuenta con 8188 socios corporativos y 4371 socios no corporativos[41], de más de 145 países. Sin embargo, es necesario tener en cuenta también que de esos participantes, 1974 tienen el estatus de "no comunicante", y además 4614 participantes han sido excluidos por no cumplir con los plazos de presentación de la CoP[42].

En el Perú, el Pacto Mundial tiene 113 socios, 81 socios corporativos y 32 socios no corporativos, de los cuales 9 han sido calificados como "no comunicante"[43].

Respecto al mecanismo "sancionatorio" que utiliza, como ya se indicó, está vinculado a la entrega de las CoP. Si no se cumple con presentar la comunicación en el plazo establecido, la empresa recibirá la calificación de "no comunicante", y si subsiste en el incumplimiento, será transferida a la lista de "empresas inactivas" y no se la considerará parte de la iniciativa, eliminándose por completo del sitio web del Pacto Mundial.

Con respecto al mecanismo de queja, este fue utilizado el 2008 por *Investors Against Genocide* (Inversionistas contra el Genocidio), quienes presentaron una queja formal a la Oficina del Pacto en contra de la empresa PetroChina[44], alegando que había contribuido por medio de sus inversiones a las graves violaciones de derechos humanos de la magnitud de genocidio, en Darfur (Sudán).

El 12 de enero de 2009, el Pacto Mundial rehusó la admisibilidad y procedibilidad de la queja, pues consideró que "el asunto podría aplicarse a otras empresas que operen en Estados propensos a conflictos", además, sostuvo que "la forma en que el Pacto Mundial aborda los negocios y la paz se concentra más en

(41) Información obtenida de: <https://www.unglobalcompact.org/participants/search>. Fecha de última consulta: 4 de setiembre de 2014.

(42) El listado de empresas puede revisarse en la siguiente página web: <https://www.unglobalcompact.org/COP/analyzing_progress/expelled_participants.html?page=2&per_page=250#paged_results>.

(43) La relación de participantes puede revisarse en: <https://www.unglobalcompact.org/participants/search?utf8=%E2%9C%93&commit=Search&keyword=&country%5B%5D=155&joined_after=&joined_before=&business_type=all&sector_id=&listing_status_id=all&cop_status=all&organization_type_id=&commit=Search>.

En el Perú, la red nacional que promueve el Pacto Mundial, fue lanzada el 2003 con el apoyo del Sistema de las Naciones Unidas en Perú, la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (CONFIEP) y Perú 2021. La Confiep tiene a su cargo la Secretaría Técnica de la Red del Pacto Mundial en el Perú.

(44) La información de este caso que se detalla en este trabajo, ha sido obtenida del libro "La progresiva incorporación de las empresas multinacionales en la lógica de los derechos humanos", de SALMON, Elizabeth (coordinadora), BAZAY, Lorena y GALLARDO, María Belén (investigadoras). Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Fundación Konrad Adenauer, Lima, 2012, pp. 52-53.

la inclusión que en la exclusión y en el poder de la acción colectiva más que enfocarse en una empresa en particular", y manejar el caso respecto a una empresa particular podía ser perjudicial para la meta del Pacto Mundial.

Los denunciantes enviaron cartas a los miembros de la junta del Pacto Mundial, consiguiéndose una revisión del pronunciamiento del Director. Sin embargo, la junta decidió mantener a PetroChina como participante adherente, considerando que la matriz de PetroChina, CNPC (*China Nacional Petroleum Corp.*), "ha apoyado activamente el desarrollo sostenible en Sudán y ha participado en la Red Local del Pacto Mundial en China aunque ella misma no sea signataria del Pacto Mundial" (solo PetroChina participaba del Pacto Mundial, no CNPC). Además, "el hecho que una empresa opere en un ambiente represivo o débilmente gobernado no sería fundamento suficiente para retirarlas de la iniciativa".

Si bien se puede entender la posición asumida en este caso, ya que el Pacto Mundial busca mejorar el desempeño social de las empresas, por lo que la exclusión de una empresa iría en contra de ese objetivo, refleja también la debilidad de este instrumento (este mecanismo de queja se aproximaría más a un mecanismo conciliador o mediador)[45], y el riesgo de que sea utilizado por empresas que no son socialmente responsables. Esta debilidad puede apreciarse también en el alto número de empresas que inicialmente manifestaron interés en participar en el Pacto Mundial, y finalmente no cumplieron con presentar oportunamente la CoP.

VII. REFLEXIONES FINALES

Los tres instrumentos descritos en los párrafos precedentes están diseñados para actuar en forma paralela, sin entrar en conflicto, pudiendo ser tomados de referencia o adoptados por cualquier empresa multinacional, voluntariamente. Es el procedimiento para su control y seguimiento el que los distingue y permite analizar su grado efectividad.

En el caso de las Directrices, que contemplan la designación de un PNC así como un procedimiento de reclamo, estas características particulares han permitido su uso en un número considerable de casos[46], aunque no siempre se ha obtenido el resultado favorable que podría esperarse, pues ello ha dependido del nivel

(45) Ibídem, p. 53.

(46) Aunque el número puede ser no muy relevante si consideramos que este instrumento tiene casi cuarenta años, pero ello se explica porque luego de una fase inicial activa, las Directrices cayeron en desuso y recién a fines del siglo pasado su uso se ha reactivado.

de compromiso del PNC y del interés de la multinacional en resolver los problemas, lo cual puede haber estado vinculado al sector en el que desarrolla sus actividades, su relación con los gobiernos(47), y el nivel de las presiones de sus consumidores y otros grupos de interés, entre otros factores.

La Declaración en cambio, pese a ser la más completa en materia laboral, ha tenido dificultades en su seguimiento (las encuestas no llegaron a funcionar adecuadamente) y han sido bastante limitados los temas que fueron resueltos a su amparo(48), aunque no hay que negarle su rol en el establecimiento de principios orientadores para las empresas multinacionales(49).

Finalmente, el Pacto Global, si bien cuantitativamente muestra cierto nivel de éxito al involucrar a más de ocho mil empresas y es considerado como "la iniciativa voluntaria de mayor relevancia sobre ciudadanía corporativa"(50), tiene una cantidad considerable de empresas declaradas "no comunicantes" o que han sido expulsadas, que demuestran lo difícil que puede resultar obtener un compromiso permanente de las multinacionales en materia de responsabilidad social empresarial. Aunque lo que cabe resaltar, es que este instrumento constituye una plataforma que permite verificar de una manera más o menos estandarizada, la información que manejan las empresas multinacionales socias del Pacto Mundial, en las materias que abarca, y que son de acceso público. Por esta razón, las empresas deberían cuidar que la información de su CoP sea real pues la misma se encuentra sometida al escrutinio público. Tal como señala Domínguez, el Pacto Mundial representa una evolución desde una concepción reactiva de las estrategias de responsabilidad social corporativa, a otra "más afín al concepto de regulación articulada"(51).

---

(47) Como señalan Ojeda y Compa al analizar las estrategias litigiosas y el uso de las posibles vías para que los derechos de los trabajadores avancen en la economía global, "Una queja a la OCDE puede ser más adecuada para una compañía multinacional más grande dependiendo de sus buenas relaciones con los gobiernos anfitriones". OJEDA AVILÉS, Antonio y COMPA, Lance. "Globalización, *Class Actions* y Derecho del Trabajo". En: *Relaciones Laborales.* Nº 2, Revista crítica de teoría y práctica. Madrid, 2002, p. 244.

(48) A criterio de Hernández, "El problema real es la poca utilización de este sistema, su carácter promocional, el escaso ámbito de interpretación, los requisitos tan estrictos de admisión y el carácter tripartito de los miembros de la Subcomisión. Ésta introduce a las resoluciones en lógicas de consenso que benefician a los sectores dominantes mayoritarios en la relación jurídica, es decir, a las empresas multinacionales". HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, Juan. Ob. cit., p. 399.

(49) Aunque existen serias críticas sobre el instrumento, como la hecha por Ojeda, para quien "el conjunto ofrece una imagen de acumulación improvisada, pese a las dos reformas, y la autoridad de la OIT no ha sido suficiente para llevarla a ocupar un papel predominante entre los modelos de códigos". OJEDA AVILÉS, Antonio. *Derecho Transnacional del Trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 368.

(50) Ibídem, p. 366.

(51) DOMÍNGUEZ MARTIN, Rafael. "La dimensión internacional de la responsabilidad social de la empresa*". Autonomía y heteronomía en la responsabilidad social de la empresa.* Granada, Editorial Comares, 2012, p. 46.

Es posible advertir que al tratarse de instrumentos voluntarios, aquel más vinculado a una acción de los gobiernos (las Directrices) es el que viene teniendo un resultando más efectivo(52). Sin embargo, los ajustes que se vayan haciendo a estos instrumentos en el futuro, podrían cambiar la situación, y asegurar una mayor efectividad a los mismos, al menos mientras se implementa algún mecanismo obligatorio que permita proteger los derechos laborales a nivel global, lo cual, lamentablemente, no parece que vaya a ocurrir en un futuro cercano.

(52) Incluso a criterio de Lance Compa, las Directrices constituyen una de las opciones políticas para lograr el respecto de estándares sociales por parte de las empresas, junto con las cláusulas sociales, los métodos voluntarios (como los códigos de conducta y los acuerdos globales), las campañas sociales y el litigio en tribunales nacionales o internacionales.

Opinión expresada en la conferencia "The model of integration between social rights and international trade" en el seminario organizado por la *International Society for Labour and Social Security Law* "Fundamental social rights in the age of globalization", realizado en Venecia del 1 al 10 de julio de 2014.

EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

César Lengua Apolaya

I. INTRODUCCIÓN

La Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (Ley Nº 29783) presenta marcadas y evidentes concordancias con los estándares dispuestos por las normas OHSAS 18001. En efecto, una lectura transversal de dicha norma y de su Reglamento (aprobado por Decreto Supremo Nº 005-2012-TR), confrontada con los mencionados estándares de certificación, nos llevaría a la conclusión de que nos encontramos ante disposiciones legales inspiradas en dicho referente técnico, el cual cuenta con amplio reconocimiento y acogida a nivel internacional.

Como es conocido, la certificación OHSAS (Occupational Healt and Safety Assessment Series) surge en vista de la amplia aceptación que desde hace varios años tuvieron los estándares de calidad ISO 9001 y medio ambiental ISO 14001, por lo que las empresas a nivel internacional exigieron un modelo de gestión semejante y aplicable a la seguridad y salud en el trabajo, que sea compatible con aquellos y que conceda la posibilidad de certificación. En respuesta a ello, la British Standards Institution (BSI) elaboró los mencionados estándares como una propuesta de sistema de gestión de los riesgos vinculados al trabajo, con la finalidad servir de modelo de gestión a través de una serie de especificaciones, procedimientos sistémicos y modelos de acción en procura de la seguridad y salud laboral. No es menos conocido que estas normas OHSAS constituyen en nuestro medio, al igual que en muchos otros países, una norma de certificación voluntaria

que concede a la empresa que las adopta el reconocimiento de la implantación de un sistema de gestión de riesgos laborales mundialmente aceptado. Este tipo de certificaciones cuenta con gran acogida, sobre todo en un contexto histórico mundial en el que se valora positivamente la adopción de medidas empresariales facultativas que, a la par de constituir muestras palpables de responsabilidad laboral y social libremente asumidas, sirven como cartas de presentación, promoción y legitimación en el comercio globalizado.

Pero también han servido de inspiración a la normativa peruana de seguridad y salud las propuestas de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre sistemas de gestión. Este organismo nunca ha sido ajeno a la problemática que suscitan los riesgos derivados del trabajo. Desde su constitución en 1919, la OIT evidenció la necesidad de proteger la vida y la salud de los trabajadores, y ha hecho de este tópico uno de los motivos de su existencia. Así, en el preámbulo de su carta constitutiva, la OIT fue enfática al reconocer "(...) que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y (...) es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a (...) protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo (...)".

En esa línea, y sin perjuicio de la multiplicidad de convenios que recogen la temática de la seguridad y salud en el trabajo, la OIT propuso en el año 2001 unas directrices voluntarias para la gestión de los riesgos del trabajo, con finalidad meramente orientadora (no normativa). Nos referimos a las "Directrices relativas a los sistemas de gestión de la seguridad y salud en el trabajo" (ILO-OSH 2001), la cual fue elaborada –conforme lo reconoce su texto– con arreglo a los principios acordados a nivel internacional y definidos por los tres mandantes de la OIT.

Si el lector confrontase la normativa peruana con los estándares de las Directrices ILO-OSH 2001, también advertirá que ambos textos se encuentran emparentados. Ello se debe a que los modelos de sistemas voluntarios de gestión (el OHSAS y el ILO-OSH 2001) y la propia legislación nacional se comunican recíprocamente al compartir una filosofía estructural semejante en lo que atañe a las diferentes etapas y componentes del sistema de gestión en la empresa.

No obstante estas semejanzas, existe un tema que es especialmente realzado por las Directrices de la OIT: la participación de los trabajadores en el sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo. Este aporte hecho por la OIT

es derivación y consecuencia natural de la composición tripartita de este ente, en el cual se reconoce como neurálgico el desarrollo y despliegue de la naturaleza dialogante que demandan las relaciones laborales. Y es el caso que la legislación preventiva peruana ha recogido, con igual énfasis, diferentes manifestaciones de estos derechos de participación promovidos por la OIT.

El derecho de participación lo concebimos, en términos generales, como las distintas facultades que otorga la legislación de seguridad y salud a los trabajadores y que, de alguna forma u otra, permiten la intervención y el involucramiento de estos en la actividad preventiva llevada a cabo por el empresario(1). Este concepto general y preliminar recibirá, a lo largo del texto, algunos necesarios matices.

El estudio de la participación de los trabajadores en la seguridad y salud en el trabajo es, a nuestro entender, un aspecto sumamente importante por diferentes razones. Haciendo eco del énfasis colocado en esta institución por la OIT, la legislación peruana no ha escatimado en plantear diferentes y variadas formas de participación de los trabajadores mediante procedimientos y facultades de participación directa e indirecta. Además, asisten a los derechos de participación basamentos constitucionales, que si bien no los hacen propiamente derechos de jerarquía constitucional, cuando menos sí derechos especialmente promovidos a este nivel. En tercer lugar, su valía es también práctica, por cuanto son los trabajadores quienes de forma más directa interactúan con los peligros ocupacionales y estos son los más idóneos a fin de atestiguar acerca de los riesgos del puesto de trabajo o de los eventuales menoscabos generados en su salud. Es por esta razón que dicha experiencia quiere ser tomada en cuenta por la norma al postular los mencionados derechos de participación.

Además no debe perderse de vista un dato transversal, como es que este derecho de participación se entrelaza finalmente con los postulados del trabajo decente, por cuanto este objetivo estratégico institucional persigue, bajo el manto de la protección social, la consecución de condiciones de trabajo saludables y seguras, para lo cual el diálogo social es pieza clave. En consecuencia, la participación de los trabajadores en el sistema de gestión debe ser concebido, de manera panorámica, también como importante insumo con miras a la consecución de niveles deseables de trabajo decente.

(1) MARTÍN HERNÁNDEZ, María Luisa. *El derecho de los trabajadores a la seguridad y salud en el trabajo*. CES, Madrid, 2006, p. 228.

II. HACIA LA DEFINICIÓN DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EL SISTEMA DE GESTIÓN

Al abordar el derecho de participación de los trabajadores en seguridad y salud en el trabajo debe diferenciarse, de una parte, la denominada "participación institucional" y, de otro lado, la participación privada o interna de la empresa. La primera forma de participación compete a las organizaciones y sindicatos más representativos de trabajadores, siendo su propósito la definición, a nivel nacional o regional, de los grandes lineamientos y políticas públicas en torno a la seguridad y salud en el trabajo. En el caso peruano, dicha forma de participación está contemplada en el artículo VII del Título Preliminar de la Ley Nº 29783(2) y se plasma en la conformación de los Consejos Nacionales y Regionales de Seguridad y Salud en el Trabajo, normados por el mismo dispositivo.

Por su parte, la participación interna, como su nombre lo indica, es aquella que se produce al interior de la organización empresarial, siendo que la misma constituye un auténtico derecho subjetivo de los trabajadores que les otorga la facultad de integrarse efectivamente en la dinámica preventiva empresarial con el propósito de coadyuvar en el desarrollo y consolidación de la ansiada cultura de la prevención de los riesgos laborales(3). Esto se encuentra recogido así incluso a nivel normativo por el artículo 1 de la Ley Nº 29783. La participación en el ámbito privado e interno de la empresa en materia de prevención de riesgos debe ser considerado, en el caso peruano, bajo una doble dimensión, pues cabe deducir la existencia de determinados derechos de titularidad y ejercicio individual o subjetivo –que concierne a cada trabajador individualmente considerado–, y otros que teniendo la misma titularidad individual, requieren de un ejercicio colectivo a través de mecanismos de participación especializada y colegiada (los comités paritarios de seguridad y salud en el trabajo)(4). Son estas formas de participación privada a las que nos dedicamos en el presente artículo.

---

(2) Ley Nº 29783, artículo VII, Título Preliminar.- "El Estado promueve mecanismos de consulta y participación de las organizaciones de empleadores y trabajadores más representativos y de los actores sociales para la adopción de mejoras en materia de seguridad y salud en el trabajo".

(3) Es el conjunto de valores, principios y normas de comportamiento y conocimiento respecto a la prevención de riesgos en el trabajo que comparten los miembros de una organización (Glosario de Términos, Decreto Supremo Nº 005-2012-TR).

(4) GARCÍA MIGUÉLEZ, María Purificación. "La participación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales". En: *PECVNIA*. Nº 8, Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de León, León, 2009, p. 124. En semejante sentido, ESCUDERO PRIETO, Azucena. "El reforzamiento del derecho de participación de los trabajadores en las actividades preventivas de la empresa". En: *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo.* Nº 10, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2009, p. 162.

Recientemente el Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo se ha encargado de recordarnos, a través del Plan Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo para el periodo 2014-2017, la importancia de los derechos de participación. El sexto eje de acción para este periodo persigue expresamente fomentar el diálogo y la participación efectiva de los actores sociales en el sistema de seguridad y salud en el trabajo. Con tales propósitos se plantea como uno de los objetivos específicos "(...) asegurar la efectividad de los mecanismos de participación de las trabajadoras y trabajadores en materia de seguridad y salud en el trabajo". Aunque los propósitos generales se concentran en la promoción del funcionamiento efectivo de los comités de seguridad y salud en el trabajo, en la promoción de la participación de los trabajadores en los procesos de elección de sus representantes ante dichos comités, y en la capacitación de estos representantes, el contenido del derecho de participación de los trabajadores en la gestión preventiva es un asunto sustancialmente más extenso y complejo(5).

Desde nuestra perspectiva, consideramos que el derecho de participación de los trabajadores tiene dos características trascendentes. En primer lugar, es un derecho de naturaleza y desarrollo legal, pero derivado del mandato de promoción participativa impuesto al Estado por mandato constitucional. En segundo término, es un derecho de naturaleza compleja, pudiéndose sostener la existencia de un derecho genérico de participación, el cual tiene tres componentes necesarios, más específicos, dinámicos e interdependientes: (i) el derecho de los trabajadores a recibir información y formación en cuestiones que atañen a los riesgos laborales por parte del empleador; (ii) el derecho de participación propiamente dicho, que otorga a los trabajadores la posibilidad de formular consultas y manifestar su opinión con relación a los riesgos del trabajo; y (iii) el derecho de ser consultados en la forma y en los casos previstos por la ley(6).

(5) No obstante, hay que reconocer que la obligación de contar con un comité de seguridad y salud en el trabajo, y la integración de los trabajadores en el mismo, constituye la forma más clásica y tradicional de participación en la gestión de los riesgos del trabajo. En nuestro medio, el ejemplo más antiguo de consagración de esta forma de participación indirecta se halla en el Reglamento de Seguridad Industrial aprobado por Decreto Supremo Nº 42-F del año 1964, hasta hoy vigente en el grueso de sus aspectos. El artículo 46 de la norma establecía que "en todo establecimiento industrial que emplee regularmente por lo menos 50 trabajadores, el empleador deberá constituir un Comité de Seguridad, que estará integrado en igual número, por representantes de los trabajadores y empleadores".

(6) La naturaleza interdependiente y necesaria de los diferentes atributos que otorga el genérico derecho de participación de los trabajadores no es un asunto de dogmática jurídica sino, antes que eso, un dato fáctico necesario e indiscutible, pues difícilmente se podría exigir una participación concreta eficaz y útil, o formular consulta sobre los asuntos de seguridad del centro de trabajo, si es que los trabajadores no son informados y formados previamente en las cuestiones que atañen a las condiciones de seguridad y riesgos de su puesto de trabajo. Igualmente, la información y la formación es inútil si es que el empleador no va a obtener la respectiva retroalimentación que coadyuve a corregir o mejorar los estándares de seguridad. Como bien se ha afirmado "la información es sin duda inherente a la protección en materia de seguridad y salud de los trabajadores; de poco serviría implantar los más avanzados sistemas de

Para comprender y definir el derecho de participación de los trabajadores en la gestión preventiva pueden emplearse diferentes ópticas. Puede ingresarse a su desarrollo desde la perspectiva legal, desde la doctrina, desde la Constitución e incluso desde los documentos internacionales vinculantes y no vinculantes emitidos por la OIT. En lo particular, preferimos iniciar nuestro estudio desde lo constitucional, a fin de advertir las bases más perceptibles sobre las cuales se asienta el derecho de participación en el Perú.

1. El derecho de participación y su referente constitucional

De conformidad con el artículo 29 de la Constitución, "el Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa y promueve otras formas de participación". Este precepto no ha recibido mayor tratamiento en la jurisprudencia constitucional. Sin embargo, ello no resulta óbice para sostener que la participación de los trabajadores en la seguridad y salud se acomoda con relativa facilidad en el meandro que traza el texto constitucional en el extremo referido a "la promoción de otras formas de participación".

En efecto, el artículo 29 de la Constitución consagra como único derecho constitucional laboral cierto y concreto la participación en las utilidades. Sin embargo, su tenor deja en evidencia la posibilidad de que el Estado promueva otras formas de participación, cuyo desarrollo y plasmación será evidentemente de competencia del legislador infraconstitucional. Creemos importante señalar que la terminología empleada en la norma no parece reposar como una mera habilitación potencial o de carácter contingente concedida al legislador peruano, sino que se aproxima más a la fórmula de un deber actual de incentivo por el modo que adopta el verbo en el texto constitucional ("**promueve** otras formas de participación"). En todo caso el enunciado promotor, aún indefinido, flexible y hasta esotérico, otorga cabida al derecho de participación de los trabajadores en la seguridad y salud en el trabajo, por cuanto la participación preventiva se alinea con una de las típicas formas de participación que se reconocen en el ámbito del Derecho del Trabajo: la participación en la gestión. No obstante, dicho alineamiento se somete al esquema aleatorio y hasta mutable que propone el texto constitucional; esto es, tendrá las formas y características que vaya construyendo y diseñando la propia ley en respuesta al mandato promotor.

---

protección si no se facilitara al propio tiempo la información necesaria para utilizarlos. Por el contrario, la consulta y participación podrían considerarse como elementos adicionales de aquella protección, con un carácter instrumental, aunque en modo alguno accesorio, y en todo caso obligado (...)". CAMPS RUIZ, Luis Miguel. *La participación de los trabajadores en la prevención de riesgos laborales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 17.

Conforme lo sostiene Pasco, las formas o modalidades clásicas de participación de los trabajadores que se han dado en la experiencia laboral peruana y en la doctrina han sido de tres tipos: (i) participación en las utilidades o lucros de la actividad empresarial, generalmente materializada en el reparto directo o indirecto a los trabajadores de una porción determinada de la renta líquida obtenida; (ii) participación en la gestión, lo que supone una concesión a los trabajadores en el manejo, control o administración de la empresa, destinada a ejercer influencia sobre las decisiones que se adoptan a través de un acceso normal e institucionalizado al proceso de toma de decisiones; y (iii) participación en la propiedad, en forma total o parcial, directa o indirecta(7).

La primera forma de participación –en las utilidades o lucros– se encuentra desarrollada a nivel legal bajo el Decreto Legislativo Nº 892, pero es expresamente amparada por la Constitución. La participación en la gestión y en la propiedad no es de origen constitucional, sino que dependen de la ley tanto en su existencia como en su contenido. Conforme lo menciona el referido autor, en el texto constitucional vigente "solo se consagra la participación líquida; las otras formas son un modo sibilino de referirse a algo casi inexistente, que no es un derecho reconocido a los trabajadores, sino apenas una posibilidad abstracta e indefinida que el Estado debe promover"(8). Sin embargo, como venimos señalando, la participación de los trabajadores en la gestión preventiva se perfila como una concreción de ese texto constitucional abierto y circunstancial, aunque ciertamente limitado en naturaleza (participación en la gestión) y en materia (prevención de riesgos laborales).

La participación en la gestión no equivale necesariamente a codecisión. Según la doctrina, la participación puede adoptar diferentes intensidades o graduaciones según la perfile la ley; así, pueden existir desde derechos participativos de simple información, pasando por consulta u opinión, examen conjunto, derecho de oposición o veto, de codeterminación para efectos internos o externos en la organización, y hasta la autogestión(9). Dentro de este abanico de posibles formas, advertimos que la participación, tal como se encuentra recogida en la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, otorga a los trabajadores una serie de atribuciones que les garantiza, en el cenit de su ejercicio, el derecho de ser consultados y de brindar su opinión en materia preventiva. Estas atribuciones presuponen el derecho

(7) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "Artículo 29. Participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa". En: *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. Tomo I, 2ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 775.

(8) Ibídem, p. 785.

(9) MONEREO PÉREZ, José Luis. *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*. Civitas, Madrid, 1992, p. 78.

de los trabajadores de recibir información en lo que concierne a la prevención de riesgos laborales, pero no se agota en ello, pues no solo se comunican a los trabajadores determinados actos, sino que se compulsa su opinión, la cual no tiene, sin embargo, carácter vinculante(10).

En tal sentido, a pesar de que las "otras formas de participación" distintas de la participación en los lucros no cuentan con sustento constitucional directo y mandatorio, no deja de ser cierto que el Estado ha reconocido algunas atribuciones participativas y consultivas a favor de los trabajadores en la gestión preventiva de riesgos a través de la ley, normando una forma particular de participación con incidencia exclusiva dentro del ámbito de la seguridad y salud en el trabajo, en respuesta al rol constitucional incentivador que le corresponde, pero sin que este derecho comulgue con los cánones de un derecho constitucional propiamente dicho, sino más bien, con las características de un derecho de tallado legal.

2. El derecho de participación desde la perspectiva de la OIT. Un derecho de naturaleza compleja

Para la OIT la participación y el diálogo entre los actores laborales no es un asunto novedoso ni privativo del empuje que en los últimos años viene teniendo de manera especial la seguridad y salud en el trabajo. Ya desde el año 1952, a través de la Recomendación 94 (sobre la colaboración en el ámbito de la empresa), este organismo fomentaba entre los estados el compromiso general de "(...) tomar medidas apropiadas para promover la consulta y la colaboración entre empleadores y trabajadores en el ámbito de la empresa sobre las cuestiones de interés común que no estén comprendidas dentro del campo de acción de los organismos de negociación colectiva o que normalmente no sean tratadas por otros organismos encargados de determinar las condiciones de empleo". No obstante esta propuesta general, debe reconocerse que la participación cobra particular presencia en el ámbito de la prevención de riesgos laborales.

En efecto, el derecho de participación constituye un elemento neurálgico y transversal en los instrumentos vinculantes y no vinculantes de la OIT que, directa o indirectamente, tratan sobre la seguridad y salud en el trabajo. Conforme se afirma en el Estudio General de 2009 –elaborado en relación al Convenio 155, la Recomendación 164 y el Protocolo de 2002 referidos a la seguridad y salud en el trabajo–, todos los instrumentos y las políticas de la OIT se elaboran según criterios tripartitos y reflejan la importancia de las consultas y la cooperación entre los interlocutores sociales. En esa línea, los tres mencionados instrumentos exigen la

(10) PASCO COSMÓPOLIS. Ob. cit., p. 776.

participación activa de los empleadores y los trabajadores y de sus organizaciones, según proceda, en todos los niveles pertinentes, desde el taller hasta los niveles de elaboración de las políticas nacionales. El mensaje básico es que el principio de la prevención solo puede ser plasmado de manera efectiva a través de la colaboración activa –interacción dialogante– entre los empleadores y los trabajadores(11).

De esta manera, el derecho de participación de los trabajadores cobra sentido no porque sea un objetivo en sí mismo, sino porque es principalmente un mecanismo instrumental con derroteros más poderosos y ambiciosos que superan el plano de la mera reivindicación laboral, y en el que la colaboración y el compromiso con la seguridad cobran un rol protagónico(12).

El derecho de participación va perfilando a partir del Convenio 155 (no ratificado por el Perú) algunos lineamientos generales, aunque ciertamente no caracteres claramente definidos como para la delineación pormenorizada de derechos y deberes jurídicos(13). Pese a ello, destacan dos características medulares en torno a la participación: (i) es presentado como un derecho de naturaleza compleja, pues no involucra tan solo una posibilidad abstracta de participar mediante la opinión, sino que presupone además el derecho de los trabajadores de ser informados y formados en cuestiones preventivas y, en algunos casos, el derecho de ser consultados; (ii) es un derecho de ámbito material omnicomprensivo, pues no existe una relación limitativa ni referencial de materias en las cuales debiera permitirse dicha participación, quedando entendido que corresponderá a la legislación nacional precisarlo.

---

(11) OIT. Estudio general relativo al Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155), a la Recomendación sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 164), y al Protocolo de 2002 relativo al Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores. OIT, Ginebra, 2009, p. 18.

(12) Conforme lo pone de manifiesto la OIT en su Estudio General del 2009, "la cooperación entre empleadores y trabajadores constituye un principio básico de la SST, sin el cual no pueden lograrse avances tangibles en este ámbito. En 1980, durante la primera discusión al respecto celebrada en la Conferencia, los miembros tanto empleadores como trabajadores convinieron, en sus declaraciones de apertura, en que compartían un mismo interés en lo tocante a la SST, y que la mejor manera de obtener resultados positivos en el lugar de trabajo era por medio de la cooperación y no del enfrentamiento (...) en la medida en que ningún gobierno jamás dispondría de los recursos necesarios para realizar las inspecciones requeridas a fin de velar, en la medida de lo posible, porque las personas trabajen en entornos seguros y saludables, la cooperación entre los empleadores y los trabajadores en este ámbito era esencial. También se hizo hincapié en que no solo los Estados y sus servicios debían formular los objetivos fundamentales y principios básicos relativos a la SST, así como supervisar su aplicación, sino que los empleadores y trabajadores ostentaban una responsabilidad aún mayor en esta esfera y los trabajadores, en particular, debían desempeñar una función más activa".

(13) Como se ha sostenido, "el Convenio 155 es sin duda alguna toda una innovación ya que, además de abordar de manera exhaustiva la seguridad y salud en el trabajo y el medio ambiente de trabajo, es más un instrumento de política que un instrumento en el que se establecen obligaciones jurídicas precisas". SAN JUAN, Claudio. *Participación de los trabajadores en materia de salud y seguridad en el trabajo en Argentina*. OIT, Buenos Aires, 2004, p. 10.

En efecto, el artículo 19 del Convenio 155 en sus literales c), d) y e) establece que: (i) los representantes de los trabajadores en la empresa deben recibir información adecuada acerca de las medidas tomadas por el empleador para garantizar la seguridad y la salud; (ii) los trabajadores y sus representantes en la empresa deben recibir una formación apropiada en el ámbito de la seguridad e higiene del trabajo; y (iii) los trabajadores o sus representantes y, llegado el caso, sus organizaciones representativas en la empresa estén habilitados, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, para examinar todos los aspectos de la seguridad y la salud relacionados con su trabajo, y sean consultados a este respecto por el empleador.

Cabe señalar que para algunos autores, el deber de cooperación de los trabajadores (contemplado en el artículo 20 de este instrumento(14)) forma también parte del concepto general de participación(15). No nos adscribimos a esta posición, o cuando menos, no la consideramos pertinente para nuestro enfoque metodológico, pues el ejercicio del derecho de participación de los trabajadores, conforme lo abordamos, supone la posibilidad que tienen estos de incidir o de influir en el proceso de toma de decisiones del empleador, sea por la opinión espontánea sobre las condiciones de trabajo, o como derivación del ejercicio de la consulta previa, todo lo cual se materializa en las etapas de formación de la voluntad empresarial, o cuando menos, antes de su perfeccionamiento y consumación(16). Sin embargo, la cooperación, según el propio Convenio 155, parecería hacer énfasis en el deber de colaboración recíproco entre empleador y trabajadores respecto de lo ya decidido, esto es, con posterioridad a la formación de la voluntad del empresario y de cara a su materialización.

Comoquiera, el derecho de participación se va delineando como un concepto general y abstracto, integrado y definido este a su vez por diferentes manifestaciones que suponen una variedad de estadios interdependientes, dinámicos e interrelacionados, a fin de dotar de eficacia y utilidad a la participación preventiva

(14) Convenio 155, artículo 20.- "La cooperación entre los empleadores y los trabajadores o sus representantes en la empresa deberá ser un elemento esencial de las medidas en materia de organización y de otro tipo que se adopten en aplicación de los artículos 16 a 19 del presente Convenio".

(15) En ese sentido, SAN JUAN. Ob. cit., p. 9; MONTOYA MELGAR, Alfredo; PIZÁ GRANADOS, Jaime e ALZAGA RUIZ, Icíar. *Curso de seguridad y salud en el trabajo*. 2ª ed., Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2009, p. 270.

(16) En ese sentido, nos adscribimos a la posición según la cual los derechos de participación que se ejercen al interior de la empresa otorga a los trabajadores destinatarios la legitimación para intervenir en la fase previa a la adopción por el empresario de decisiones relacionadas con todos los aspectos inherentes al adecuado funcionamiento de la empresa en la faceta preventiva, o cuántas medidas sean precisas en aras de ambientes de trabajo seguros y saludables. GARCÍA MIGUÉLEZ. Ob. cit., pp. 122-123.

de los trabajadores. Tales manifestaciones involucran la información y formación, la participación (como la atribución de formular propuestas) y la consulta previa. Es por ello que un sector de la doctrina, al desarrollar el derecho de participación, prefiere referirse a este como un derecho de naturaleza amplia que engloba –solo para fines formales, a fin de clarificar su estudio y exposición– los derechos participativos de información, formación, de consulta y de participación (en sentido estricto)[17]. Esto no podría ser de otra manera, pues es difícil concebir la oportunidad de participar eficazmente si es que no se permitiese, o si es que no se promoviese activamente, el ejercicio de esta forma de colaboración, sea mediante la formulación de consultas a los trabajadores en temas preventivos en la empresa (cuando así la ley lo exija), o sea mediante la mera posibilidad de recibir propuestas de parte de los trabajadores cuando estos lo consideren necesario (debiendo en estos casos el empleador asumir ciertos deberes a fin de no vaciar de contenido este derecho; por ejemplo, el deber de dar respuesta obligatoria a la consulta o propuesta cursada[18]).

Asimismo, es presupuesto de utilidad y pertinencia de estas formas de contribución participativa el hecho de que los trabajadores sean debidamente informados y formados en seguridad y salud en el trabajo, pues de lo contrario la participación se traduciría en opiniones desinformadas, perjudicando con ello la actividad preventiva en la empresa. Esta es quizás la principal cortapisa a enfrentar, pues no son raras las situaciones en que las partes laborales no toman conciencia de los inconvenientes que representa la desigualdad de la información y la falta de interés en las actividades formativas. Como bien lo indica Martín Hernández, "(...) el empresario para satisfacer las diversas manifestaciones del derecho o facultad de participación que se otorga a los trabajadores como contenido de su derecho a una protección eficaz frente a los riesgos derivados del trabajo no solo se encuentra obligado a respetar el ejercicio de tales facultades por los trabajadores a través [de] meras conductas omisivas o pasivas [es decir, no impedir la formulación de propuestas] sino que también, en

(17) AGUILAR DEL CASTILLO, María del Carmen. *El comité de seguridad y salud*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 99-102. En el mismo sentido, GARCÍA MIGUÉLEZ. Ob. cit., p. 124.

(18) Sobre el particular, es interesante destacar que la posibilidad de los trabajadores de efectuar propuestas a la empresa se debe considerar con un estadio de nivel superior dentro de los derechos de participación, pues pese a no ser una codecisión (no se decide conjuntamente las cuestiones planteadas entre empresa y trabajador), sí permite a los trabajadores dirigirse al empresario cuando lo consideren necesario, respecto de las cuestiones que la normativa preventiva reconozca. Asimismo, para no hacer inútil el derecho de participación, deben arbitrarse por el legislador mecanismos suficientes por los que el empresario esté obligado a contestar o a tener en cuenta la propuesta realizada. Cfr. AGUILAR DEL CASTILLO. Ob. cit., p. 101. La legislación peruana ha recogido este deber de respuesta en algunas circunstancias específicas (D.S. Nº 005-2012-TR, art. 106).

otros casos, se encuentra obligado a posibilitar, e incluso promover esa participación con comportamientos activos [mediante la información, la formación y los procedimientos de consulta previa]"[19].

La legislación nacional no ha sido parca al recoger las diferentes formas de participación de los trabajadores, por lo que aun cuando el Convenio 155 no forme parte de la normativa nacional, la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo concuerda en gran medida con los elásticos márgenes que postula la OIT en relación con los derechos participativos. Este amplio plexo de facultades solo es entendible en la medida en que se deduzca la voluntad ideal del legislador de convertir al trabajador no solo en receptáculo de la protección empresarial, sino sobre todo en protagonista y promotor de su propia protección.

Un dato importante a rescatar es el hecho que la OIT reconoce en la práctica internacional dos formas de participación válidas: la indirecta y la directa. La primera, que es la forma más recurrente a nivel internacional, se ejerce no de forma personal por cada trabajador, sino que se desenvuelve –conjunta, colectiva y representativamente– a través de mandatarios o comités especializados en seguridad y salud. Sobre el particular, señala el Estudio General de 2009 que "(...) en la mayoría de países, dependiendo del tamaño de la empresa, los trabajadores participan en la gestión de la SST, habitualmente por mediación de sus representantes en la materia en el marco de los comités de seguridad y salud, pero también, en algunos casos, directamente (...)"[20]. La OIT no evidencia predilección expresa por ninguno de estos dos mecanismos, pues los trata disyuntivamente en el artículo 19 del Convenio 155; aunque cierto es que ha desarrollado con mayor amplitud –por su más fácil receptibilidad de parte de los Estados– las formas de participación indirecta a través de diferentes instrumentos (sea a través de delegados o representantes en seguridad, comités obreros de seguridad e higiene, o comités paritarios de seguridad e higiene). Muestra de ello son, por ejemplo, la Recomendación 164 (Recomendación sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores, 1981); el Convenio 161 (Servicios de Salud en el Trabajo, 1985) y su Recomendación 171 (1985); el Convenio 162 (Asbesto, 1986) y su Recomendación 172 (1986); el Convenio 167 (Seguridad y Salud en la Construcción, 1988) y su Recomendación 175 (1988); el Convenio 170 (Productos Químicos, 1990) y su Recomendación 177 (1990); el Convenio 174 (Prevención de Accidentes Mayores, 1993); el Convenio 176 (Seguridad y Salud en las Minas, 1985) y su Recomendación 183 (1995); y el Convenio 184 (Seguridad y Salud en la Agricultura, 2001).

(19) MARTÍN HERNÁNDEZ. Ob. cit., p. 228.

(20) OIT. Ob. cit., p. 78.

La legislación peruana ha optado por consagrar ambas modalidades de participación, estableciendo de un lado el derecho de los trabajadores a contar con representantes en el seno del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo (participación indirecta) con ciertas funciones específicas y, de otro lado, precisando atribuciones que podrían ser ejercidas por los trabajadores a título individual (participación directa)(21).

También en las Directrices ILO-OSH 2001, la OIT desarrolla el derecho de participación destacando: (i) que la participación de los trabajadores es un elemento esencial del sistema de gestión de la SST en la organización; (ii) que empleador debería asegurar que los trabajadores, y sus representantes en materia de SST, son consultados, informados y capacitados en todos los aspectos de SST relacionados con su trabajo, incluidas las disposiciones relativas a situaciones de emergencia; y (iii) que el empleador debería asegurar el establecimiento y el funcionamiento eficiente de un comité de SST y el reconocimiento de los representantes de los trabajadores en materia de SST de acuerdo con la legislación y la práctica nacionales. En estos enunciados, la OIT confirma de alguna manera lo que venimos sosteniendo; a saber, (i) que el derecho de participación tiene carácter complejo, pues involucra diferentes atributos dentro de sí; (ii) que tiene dos formas de manifestación (individual y representativa a través de órganos especializados), y (iii) que debería contar con un ámbito omnímodo de actuación en lo preventivo.

III. LOS LÍMITES DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN

Debemos partir del hecho de que el deber empresarial de respetar y promover en ciertos casos el derecho efectivo de participación de los trabajadores, constituye indefectiblemente una de las múltiples y variadas manifestaciones que adquiere el deber de prevención. Como es sabido, el deber general de prevención (o principio de prevención) –que es a buena cuenta el eje medular de las normas preventivas laborales y que, en alegoría de ello, se encuentra contemplado en el artículo I del Título Preliminar de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo–, erige al empleador en el garante, en el centro de trabajo, del establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores,

(21) Esta forma dual de participación tampoco es ajena en la doctrina. Se señala sobre el particular que: "(...) el ejercicio de las facultades de participación en materia de seguridad y salud en el trabajo unas veces corresponde a los propios trabajadores titulares del derecho a disfrutar de una protección eficaz frente a los riesgos laborales, mientras que otras resulta atribuido a sujetos colectivos de representación de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo", situación esta última equiparable al Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo regulado en las normas peruanas. Cfr. MARTÍN HERNÁNDEZ. Ob. cit., p. 228.

y de aquellos que no teniendo vínculo laboral, prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de labores.

Siguiendo a la doctrina mayoritaria, el deber de prevención representa el deber general de seguridad que reposa en cabeza del empresario, siendo que dicha atribución como centro de imputación de deberes preventivos cobra sentido en razón de que este se encuentra a cargo de la organización técnico productiva más o menos compleja de la que se derivan los riesgos del trabajo, lo que le otorga ante el Derecho la condición de sujeto óptimo para asumir la responsabilidad de la imposición de las medidas adecuadas de protección(22). La formulación amplia, abierta y omnicomprensiva del deber general de prevención sugiere que las referencias o especificaciones posteriores que hacen los textos preventivos con relación a las obligaciones del empleador (y derechos de los trabajadores) sean tenidas como meras especificaciones, manifestaciones o concreciones necesarias de algunos de los aspectos que abarca dicho deber general, pero que de ninguna forma agotan su contenido(23).

En este marco de ideas, el derecho de participación, y el consecuente deber de respetar y promover su ejercicio en la forma prevista por ley, constituye una derivación muy concreta de ese deber general. La existencia del derecho de participación no solo coloca al trabajador en una situación jurídica tutelable –en tanto involucra la titularidad de un derecho subjetivo que persigue la satisfacción de intereses propios como lo son la seguridad y salud personales–, sino que la anuencia de su ejercicio en algunos casos, y la incentivación del mismo en otros, es una obligación del empleador que, a la postre, debería permitirle cumplir –de manera más eficaz– con los deberes generales de prevención que le impone la ley. La participación es, por lo tanto, un presupuesto de la eficacia de la actividad preventiva empresarial(24), en tanto sea concebida como instrumento de detección de irregularidades o disconformidades normativas en el diseño y planificación de dicha actividad, en su ejecución, en la adopción de las medidas preventivas, entre otros aspectos(25). En palabras de Sala Franco, y bajo el entendido de un ejercicio regular, informado y pleno del derecho, "(...) esta es una función primordial para que

(22) GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz. *El deber de seguridad y salud en el trabajo*. CES, Madrid, 1999, p. 213.

(23) SALCEDO BELTRÁN, María Carmen. *El deber de protección empresarial de la seguridad y salud de los trabajadores*. p. 25.

(24) Pero no un requisito indispensable para el cumplimiento del deber de protección del empleador, pues la omisión del ejercicio de los derechos de participación por parte de los titulares no los hace a estos copartícipes, junto con el empleador, de las responsabilidades derivadas del cumplimiento tardío, parcial o defectuoso de los deberes preventivos.

(25) MARTÍN HERNÁNDEZ. Ob. cit., p. 229.

exista una eficaz prevención en la empresa, ya que nadie mejor que los propios trabajadores para denunciar las quiebras en el sistema de prevención y para proponer fórmulas preventivas más eficaces"[26].

Sin perjuicio de esta importancia bidireccional de la participación –como derecho subjetivo del trabajador y vía instrumental para el perfeccionamiento del deber empresarial de prevención–, debe quedar sentado que el derecho reconocido por las normas legales vigentes, específicamente en lo referido a las facultades de consulta, es uno con fines sugestivos, críticos, recomendatorios, y hasta disuasivos, pero en ninguna medida vinculante para el empleador. La Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo no confiere a las opiniones y propuestas de los trabajadores –así como tampoco a los acuerdos del comité paritario[27]– carácter vinculante frente al empleador; es decir, este no se encuentra obligado a implementar las ideas que le son planteadas, sea por iniciativa de los propios trabajadores o luego de llevar a cabo los mecanismos de consulta en las situaciones normadas por la ley. No obstante, la ley sí confiere algunas garantías mínimas destinadas, por ejemplo, a evitar que los derechos participativos devengan en vacuo o sean de balde[28], o garantizando procedimientos de consulta obligatorios antes de la implementación de cambios en las operaciones, procesos u organización del trabajo[29], entre otros. Pero en última instancia, la decisión de las medidas preventivas a adoptar es una que le corresponde en exclusiva al empleador, por cuanto él es el titular de las facultades directrices y centro de imputación de la responsabilidad legal de implementar de un sistema de gestión eficaz contra los riesgos derivados del trabajo.

En efecto, en términos estrictos, las normas de seguridad y salud en el trabajo no imponen restricciones internas a las facultades de dirección del empleador, sino que propiamente establecen límites externos al nudo de estas facultades[30];

---

(26) SALA FRANCO, Tomás. *Derecho de la prevención de riesgos laborales*. 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 190.

(27) Cabe señalar que la propia norma reglamentaria de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, al regular el mecanismo participativo indirecto por excelencia –el Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo–, ha rescatado la naturaleza meramente consultiva de este órgano. El Glosario de Términos del Reglamento sostiene que el Comité es un órgano bipartito y paritario destinado "a la **consulta** regular y periódica de las actuaciones del empleador en materia de prevención de riesgos".

(28) Como el deber de dar respuesta por escrito a los trabajadores cuando existan recomendaciones o sugerencias sobre los programas de capacitación preventiva, la identificación de peligros y riesgos, o tratándose de las evaluaciones de riesgos (art. 106 del Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo).

(29) Artículo 70 de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, y artículo 104 de su Reglamento.

(30) Sobre el particular se ha afirmado que "(...) la tutela a la seguridad y salud del trabajador como límite intrínseco a todo ejercicio de los poderes empresariales no solo va a implicar como 'plus limitativo' el deber de evaluar los riesgos que tales decisiones puedan generar desde una perspectiva objetiva o subjetiva al trabajador sino que significa, a su vez, el reconocimiento de un haz de derechos informati-

límites que provienen de una relación jurídica de carácter extrapatrimonial (destinada a garantizar la salud y la seguridad del trabajador) que es paralela y coetánea a la relación jurídica laboral en sentido estricto (cuyo objeto es la prestación de servicios a cambio de remuneración, y donde se inserta el poder de dirección como herramienta para consecución de los objetivos patrimoniales del empleador). Es a partir de esos límites externos que se evaluará el ejercicio regular de las facultades directrices, pues la existencia de normas preventivas en el ámbito laboral exige ponderar derechos preexistentes y superiores a los legítimos intereses patrimoniales de toda actividad empresarial, los cuales de por sí ya se encuentran protegidos por la consagración legal de las facultades de dirección.

La integración de la actividad preventiva en la empresa, por efecto de las normas de seguridad y salud en el trabajo implica necesaria, pero simplemente, un cambio o reordenación de la forma en que tradicionalmente el empleador venía ejerciendo el amplio conjunto de facultades que le otorga el poder de dirección, pues la regularidad o legitimidad del ejercicio empresarial de todos y cada uno de sus poderes deberá introducir, como criterio de valoración, el de la integración de la prevención de los riesgos laborales en las decisiones empresariales(31). En este trámite de ponderación, es necesario reconocer la nota o el margen de discrecionalidad –no de arbitrariedad– que caracteriza la particular situación jurídica del empleador –en tanto sujeto obligado a proteger el interés legítimo de la seguridad y salud del trabajador, y titular del poder de dirección–, pues de una parte, el objetivo tuitivo o de protección ya está prefijado y predeterminado por las normas preventivas de manera categórica, pero de otra, el empleador sigue disfrutando de ciertos márgenes de libertad a la hora de valorar el modo de realizar y lograr eficazmente dicho objetivo de protección(32); máxime cuando las normas de seguridad y salud: (i) abren amplios espacios para la aplicación de técnicas diversas para la protección de los trabajadores, correspondiendo al empleador implementar la más adecuada y pertinente; (ii) propenden a la mejora continua de la gestión preventiva, esto es, la posibilidad de ir progresando paulatina e iterativamente en el perfeccionamiento del sistema de gestión, incumbiendo al empleador liderar y decidir el progreso y ejecución de esta planificación en forma, modo y tiempo;

---

vos, de participación, de consulta y de formación del trabajador afectado y/o de sus representantes en la empresa que actuarán igualmente como límites al ejercicio de cualquier forma de poder empresarial que pueda implicar una afectación a la seguridad y salud del trabajador". LUQUE PARRA, Manuel. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*. Ed. JM Bosch Editor, Barcelona, 1999, pp. 116-117. En semejante sentido, se ha afirmado que "(...) los deberes de protección vendrían (...) a ubicarse extramuros del poder de dirección, como límite externo, no interno, del poder de dirección del empresario". GUTIÉRREZ-SOLAR. Ob. cit., p. 143.

(31) MARTÍN HERNÁNDEZ. Ob. cit., pp. 52-54.

(32) GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO. Ob. cit., p. 214.

(iii) admiten la programación de las actividades preventivas, previa priorización de los riesgos que requieran de más pronta atención, labor que también es liderada y determinada por el empleador, y (iv) contienen innumerable cantidad de situaciones de trabajo para las cuales la ley no ha prediseñado estándares específicos de control, lo que abre al empleador una diversidad de formas de afrontar los peligros del trabajo según las evaluaciones y ponderaciones de riesgo realizadas.

En este contexto, por la naturaleza y la dinámica de la actividad preventiva, es válido sostener que el empleador debe decidir, en ejercicio de su poder de dirección, y en exclusiva, entre diferentes opciones posibles, la forma y el modo de lograr la optimización de los recursos humanos y la consecución del deber de protección impuesto por ley, dentro de los márgenes de decisión que esta le otorga. Siendo así, cobra también lógica que una amplia potestad de decisión venga aparejada de amplios niveles de responsabilidad impuestos por ley (en lo civil, lo administrativo y lo penal) en caso de verificarse daños a la integridad del servidor, o exposición a riesgos intolerables; y en sentido contrario, es también coherente que ante grandes niveles de responsabilidad se le reconozca al empleador, en contrapartida, la potestad exclusiva de las decisiones preventivas en el centro de trabajo.

Cualquier ejercicio por parte del empresario de sus facultades directrices, sin prever ni adoptar medidas destinadas a proteger la integridad de los trabajadores, devendría en un proceder irregular de esas atribuciones que le son connaturales. El reconocimiento de los derechos de los trabajadores a su seguridad y salud, y dentro de ello, la garantía que merecen los derechos participativos, son condiciones que el empleador debe advertir y reconocer en el decurso de la dirección del negocio y en toda decisión que pudiese incumbir a la seguridad y salud ocupacional. Su sola inobservancia podría acarrear las responsabilidades administrativas concernientes[33], sin perjuicio de la pérdida de la oportunidad de implementar eventuales correcciones en alguna de las fases o aspectos del sistema de gestión.

Todo este razonamiento se traduce en la norma peruana. La Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo afirma que el sistema de gestión es responsabilidad del empleador, asumiendo este el deber de prevención y, de ser el caso, la obligación de resarcir los daños causados (art. 26). Adicionalmente, el empleador debe asumir las responsabilidades administrativas derivadas del incumplimiento o cumplimiento

(33) El artículo 27.13 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado por Decreto Supremo Nº 019-2006-TR, tipifica como falta grave en materia de seguridad y salud en el trabajo "la vulneración de los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores reconocidos en la normativa sobre prevención de riesgos laborales".

defectuoso de las normas de seguridad y salud en el trabajo según el listado de infracciones contenido en el Decreto Supremo Nº 019-2006-TR (Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo) y, cuando corresponda, el empleador encarará las responsabilidades penales por incurrir en el delito de atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo tipificado en el artículo 168-A del Código Penal (según modificación introducida por la Ley Nº 30222). Esta multiplicidad de responsabilidades impuestas por ley no hacen sino confirmar que las potestades de decisión y ejecución en materia preventiva son atribución del empleador, pues de tener los trabajadores algún rol decisorio en la gestión de la seguridad y salud (en sentido estricto), la carga de responsabilidad no existiría solo en cabeza de aquel, lo cual resultaría ilógico dado el preconcebido rol protector que le ha instruido la ley. No obstante, esta prerrogativa aneja a la condición de empleador, que le confiere a este la potestad de conservar todo rol decisorio en lo preventivo, no debe ser leída como una licencia para ignorar o soslayar los derechos participativos, sino más bien, como un motivo para comedir y repensar las decisiones empresariales cuando medie el uso informado de este derecho.

La doctrina es unánime respecto a los límites de los derechos de participación. Para Sala Franco, incluso el deber de consulta obligatoria que impone la ley "(...) es una obligación empresarial –por ello, trámite preceptivo, aunque obviamente no vinculante a la hora de decidir–, cuyo incumplimiento no parece generar la nulidad de las decisiones empresariales sino únicamente una responsabilidad administrativa (...)"[34]. Por su parte, para Salcedo los procedimientos de consulta se caracterizan por ser una de las posibles vías de influencia en las decisiones empresariales[35], mas no una vía de determinación u oposición efectiva contra ellas. Asimismo, afirma sobre la participación indirecta materializada en la figura del Comité de Seguridad y Salud, que es un órgano esencialmente "de encuentro", promotor de iniciativas sobre métodos y procedimientos para la efectiva prevención de los riesgos[36]. Finalmente, para Martín Hernández, ninguna facultad permite a los trabajadores participar en la actividad preventiva empresarial en sentido estricto, puesto que las decisiones sobre cómo, cuándo y con qué medio ejecutar esa actividad corresponde en exclusiva al propio empresario; lo cual se sostiene, naturalmente, sin menoscabo de la trascendencia y reconocimiento de la utilidad de tales derechos de cara al objetivo final de conseguir la protección eficaz frente a los riesgos del trabajo[37].

(34) SALA FRANCO. Ob. cit., p. 189.

(35) SALCEDO BELTRÁN. Ob. cit., p. 71.

(36) Ibídem, p. 74.

(37) MARTÍN HERNÁNDEZ. Ob. cit., p. 230.

Por lo expuesto, el afirmar que los derechos de participación confieren involucramiento de los trabajadores en la gestión preventiva, es una aseveración que debe entenderse en sentido relativo, ya que su ejercicio abre la posibilidad de afectar las decisiones empresariales mediante la influencia y la sugerencia, pero no podría nunca compeler tales decisiones, evitar su ejecución ni condicionarlas. Mucho menos podría entenderse que la participación conlleva a la cogestión. La participación implica ciertamente el involucramiento en la gestión de la seguridad en la empresa y hace a los trabajadores copartícipes de su protección, pero no los convierte en sujetos de decisión ni corresponsables del deber de seguridad.

Estas limitaciones de orden jurídico no menoscaban de ninguna manera la importancia práctica que es ampliamente atribuida a los derechos de participación, pues esta permite, entre otros aspectos, (i) desarrollar métodos eficaces para la prevención de riesgos laborales; (ii) cuando los trabajadores intervienen en la planificación de una medida de seguridad, es más probable que comprendan los motivos por los que se adopta, y en esa línea, les es más fácil ayudar a encontrar soluciones prácticas y asumir los resultados finales; y (iii) les permite recomendar, sugerir y reclamar mejoras pertinentes, y ayudar a desarrollar medidas dirigidas a evitar los infortunios laborales de manera oportuna y hasta económica(38).

IV. EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Haciendo eco de los antecedentes internacionales ya desarrollados sobre la materia, la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo presenta al derecho de participación desde dos perspectivas: (i) como un principio transversal con incidencia tanto en la política nacional de seguridad y salud en el trabajo (participación institucional) como en la gestión empresarial de los riesgos laborales (participación empresarial o privada); y (ii) como un derecho de naturaleza compleja, en los términos explicados.

En tanto principio transversal, el artículo VII del Título Preliminar de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo plantea que el Estado debe promover mecanismos de consulta y participación de las organizaciones más representativas y de los actores sociales, para la adopción de mejoras en materia de seguridad y

(38) *Participación de los trabajadores en la seguridad y salud en el trabajo. Una guía práctica*. Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, Bilbao, 2012, p. 7.

salud en el trabajo. Asimismo, como una forma de reconocer su trascendencia vital, el artículo 1 de esta norma subraya que la participación es eje gravitacional de la consolidación de una cultura de prevención de riesgos laborales en el país, y lo coloca al mismo nivel del deber de prevención del empleador y del rol fiscalizador y de control del Estado para la consecución de tales objetivos. La materialización de la participación institucional viene dada esencialmente por la presencia de los gremios más representativos de trabajadores en la conformación del Consejo Nacional y de los Consejos Regionales de Seguridad y Salud en el Trabajo, como instancias de concertación tripartita de las macropolíticas y acciones encaminadas a la progresiva mejora de los niveles de protección de los trabajadores en sus respectivos ámbitos territoriales.

En el ámbito de la gestión empresarial, el derecho de participación tiene también presencia oblicua y omnicomprensiva en todo cuanto respecta a la actividad preventiva, pues la legislación nacional ha optado por reconocer la amplitud que le confieren los textos internacionales. El artículo 24 de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, que recoge literalmente los términos de las Directrices ILO-OSH 2001, así lo plantea:

> **Artículo 24.- La participación en el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo**
>
> La participación de los trabajadores es un elemento esencial del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo en la organización. El empleador asegura que los trabajadores y sus representantes **son consultados, informados y capacitados en todos los aspectos de seguridad y salud en el trabajo relacionados con su trabajo**, incluidas las disposiciones relativas a situaciones de emergencia.

En tanto derecho de trasfondo complejo, la mencionada norma también deja a entrever esta naturaleza al referirse a los diferentes componentes que integran el derecho participativo: la consulta, la información y la capacitación preventiva, que no son otra cosa que diferentes manifestaciones –necesariamente interdependientes entre sí– de un mismo derecho genérico de participación desde una posición sistémica y holística.

En esta misma línea, el articulado de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo y de su Reglamento desarrolla los diferentes elementos de la participación de modo disperso, y prescriben los supuestos y las formas cómo ese derecho se debe materializar en el quehacer empresarial. Cabe señalar que esta enunciación de circunstancias en las que cabe invocar los derechos de

participación, no agota en toda su extensión el derecho estudiado, pues las normas legales de seguridad y salud en el trabajo constituyen normas mínimas que pueden ser perfectamente superadas por empleadores y trabajadores sin incurrir en infracción jurídica (tal como lo prevé el artículo 3 de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo), y porque además no es infrecuente que, en paralelo a las normas legales que establecen los requisitos y formalidades del derecho de participación, algunas empresas altamente previsoras –que son mayormente aquellas caracterizadas por el alto nivel de complejidad de sus actividades productivas o industriales– opten por combinar este sistema legal "tasado" con mecanismos o procedimientos adicionales más informales, con la finalidad de sacar mayor partido de la iniciativa y de las competencias preventivas de sus trabajadores.

Sin ánimo de agotar el enunciado que hace la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo acerca de los escenarios en los que cabe desplegar los derechos participativos, consideramos adecuado enfatizar los siguientes por razón de su trascendencia:

- Participación (directa) en la elección de miembros representantes ante el comité paritario de seguridad y salud en el trabajo (o en su defecto, de un supervisor de seguridad y salud, en caso la empresa cuente con menos de 20 trabajadores).

- Participación en el proceso de identificación de peligros y evaluación de riesgos, así como en la elaboración del mapa de riesgos.

- Consulta en el diseño de la política de seguridad y salud[39].

- Disponer de facilidades para participar en los procesos de organización, planificación, aplicación, evaluación y acción del Sistema de Gestión.

- Ser informados de los riesgos y medidas preventivas a través de la entrega del reglamento interno de seguridad y salud en el trabajo y de recomendaciones de seguridad y salud al momento de la contratación.

(39) Política que además, por mandato del artículo 23 literal c) de la propia Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, debe expresar el compromiso de toda organización empresarial con "la garantía de que los trabajadores y sus representantes son **consultados** y **participan** activamente en todos los elementos del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo".

- Ser capacitados y entrenados en seguridad y salud en el trabajo, tanto respecto del centro de trabajo como en relación con los riesgos del puesto o función específica.

- Ser consultados en la elección de los auditores independientes que evaluarán el sistema de gestión.

- Ser consultados antes de que se ejecuten cambios en las operaciones, los procesos y en la organización del trabajo que puedan tener repercusiones en la seguridad y salud de los trabajadores.

- Ser informados a título grupal de las razones para los exámenes médicos ocupacionales (y a conocer los resultados de estos).

- Revisar los programas de capacitación y entrenamiento, y formular recomendaciones para mejorar su efectividad.

- Examinar los factores de riesgo que afectan su seguridad y salud y proponer medidas en estas materias.

- Participar en la investigación de los accidentes de trabajo, enfermedades ocupacionales e incidentes peligrosos.

V. CONCLUSIONES Y RELEXIONES FINALES

A lo largo del presente texto hemos expuesto los basamentos que dan soporte jurídico y un lugar en nuestra legislación a los derechos de participación en materia preventiva: en primer lugar, el derecho de participación preventiva halla un fundamento remoto en el derecho de participación genérico que recoge el artículo 29 de la Constitución, y cuyo desarrollo es dejado al criterio del legislador. En segundo lugar, nota característica de este derecho participativo es su composición interna compleja, que supone la prerrogativa de los trabajadores de ser informados y formados en prevención de riesgos, así como de opinar y formular sugerencias, y en algunos casos, el derecho de ser consultados previamente a la realización de cambios operacionales. Este es el diseño del derecho promovido desde la OIT, y se encuentra recogido tal cual por la legislación nacional. En tercer término, como cualquier otro derecho, la participación de los trabajadores, y concretamente el derecho de consulta, está sujeto a límites pues en ningún caso su ejercicio es vinculante para el empleador. En último lugar, pero no menos importante, es el hecho de que el derecho de participación supone en la práctica involucrar

al trabajador en el cuidado de su salud e integridad en el medio ambiente de trabajo y, entendida así, la participación se torna en útil insumo con el que cuenta el empleador para el cumplimiento de su deber de prevención, particularmente, en aquellas situaciones de trabajo para las que la ley no contempla medidas concretas de protección.

Como toda institución del Derecho, la participación posee aristas problemáticas. Dentro de los aspectos conflictivos vinculados a los derechos de participación se encuentra típicamente el referido a la dispersión de facultades de consulta entre los trabajadores. Es común toparnos con opiniones que reconocen –amparados con justicia en la razón práctica– que el derecho de participación propicia dificultades en su ejecución, sobre todo en lo concerniente a los derechos de consulta cuando esta es admitida por la ley a título individual o personalizado (como ocurre en el caso peruano(40)). Salvo los casos concretos de entidades empresariales de pequeñas dimensiones donde el empleador puede ser más accesible al trabajador, es frecuente hallar opiniones disidentes en el caso de empresas de mayores dimensiones, afirmándose que en estas lo óptimo sería que el derecho de consulta se instrumentalice necesariamente a través de los representantes de los trabajadores(41).

Este tipo de críticas traen a colación lo difícil que resulta para las legislaciones instaurar la línea divisoria justa y exacta entre la proclamación amplia y dispersa del derecho de consulta como prerrogativa de todos los trabajadores en general –lo que por principio podría resultar laudable– y una regulación que recoja esta importante facultad participativa, pero revestida y garantizada en términos de eficacia y simplicidad. La legislación peruana no ha optado por trazar línea alguna, por lo que convendría reflexionar si esta omisión conviene a los fines preventivos que persigue la regulación de la materia en el Perú, o si constituye más bien un estímulo perverso para que los procedimientos de consulta sean soslayados debido a su potencial complejidad.

En nuestra opinión, proclamar con amplitud el derecho de consulta no tendría por qué oponerse a la adopción de normas que, en vía de precisión y perfeccionamiento, establezcan mecanismos de canalización o encauzamiento de esta prerrogativa que la ley establece dispersamente como derecho subjetivo de todo

(40) Tal es el caso, por ejemplo, de la materialización de la consulta en caso de cambios en las operaciones, procesos y en la organización del trabajo. De conformidad con el artículo 104 del Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud, a fin de acreditar la consulta, el empleador debe realizar en cuestas entre los trabajadores o realizar, conjuntamente con el comité o supervisor, una asamblea en la que deben encontrarse todos los trabajadores involucrados para formular la consulta.

(41) GARCÍA MIGUÉLEZ. Ob. cit., p. 125.

trabajador[42]; máxime cuando nuestra legislación ya prevé la designación de una representación especializada con participación de los trabajadores en el Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo. Este órgano sería el pertinente para encarrilar la consulta, salvo que se consienta hacer de la participación una cuestión meramente lírica, o tan compleja como irrealizable.

(42) Tal como sucede, por ejemplo, en la legislación española. Tal como lo afirma Escudero, "el problema que presenta este derecho es que el legislador lo atribuye a los trabajadores con carácter general en el artículo 33.1 de la LPRL [Ley de Prevención de Riesgos Laborales], pero dispone en el artículo 33.2 de la LPRL que las consultas en las empresas que cuenten con representantes de los trabajadores se llevarán a cabo con ellos". ESCUDERO PRIETO. Ob. cit., p. 164.

REBAJA DE REMUNERACIONES: REGULACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMPARADA

Roberto Matallana Ruiz

I. INTRODUCCIÓN

El motivo que origina la realización de este artículo es el análisis del instituto de la remuneración en el contexto del modelo político económico y social en el que nos encontramos, es decir el Estado social y democrático de derecho. En virtud de ello, nos referiremos a los elementos esenciales de la remuneración, a fin de resaltar sus aspectos más relevantes y su fundamento constitucional.

Ahora bien, uno de los tópicos que centra más la atención de los estudios iuslaboralistas es el problema referido a la reducción remunerativa. Por su singular importancia, resulta conveniente abordar esta temática desde un ángulo tanto doctrinal como jurisprudencial, en especial a la luz de un reciente pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional en el que se declara que es procedente la reducción remunerativa unilateral, pero señalando algunas salvedades. El entendimiento del razonamiento de los operadores judiciales servirá de base para realizar las acotaciones pertinentes.

Es ampliamente difundido entre nosotros el principio de irrenunciabilidad de derechos, reconocido por nuestras normas constitucionales. Sin embargo, examinaremos si existe algún fundamento constitucional que posibilite la reducción de la remuneración, resultando imprescindible revisar sus implicancias en nuestro contexto, no sin antes destacar como se regula dicha figura jurídica en otros países.

II. LA REMUNERACIÓN EN EL MARCO DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

1. Definición y elementos esenciales

La doctrina coincide plenamente al referirse al instituto de la remuneración como uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo. En este sentido, atañe contextualizar a la remuneración dentro del fin económico o productivo que encierra la actividad del trabajador[(1)]. Es vital notar el propósito que genera la realización de la actividad productiva por parte del trabajador, el cual –lejos de obedecer a una lógica recreativa– refleja la necesidad del sujeto de obtener una ventaja patrimonial[(2)].

Dentro de la relación laboral, fruto del contrato de trabajo, nacen dos obligaciones principales; la del trabajador que consiste en poner a disposición del empleador su fuerza productiva mediante una prestación personal y voluntaria[(3)] y la correspondiente al empleador, orientada a la retribución del beneficio que obtiene de la actividad desplegada por el trabajador, a esta retribución le llamaremos obligación de remunerar[(4)].

En lo que respecta a la nomenclatura adoptada por las diferentes legislaciones, podemos notar que usan de modo indistinto los términos salario, retribución y remuneración cuando necesitan referirse a aquellos montos que son otorgados a aquellos que prestan un servicio a un tercero. Sin embargo, debemos precisar que el término "retribución" hace referencia a cualquier tipo de pago, mientras que los términos "salario" y "remuneración" han recibido un tratamiento más específico de manos del legislador y la jurisprudencia de diferentes países.

Así, suele atribuirse el *nomen iuris* de remuneración, como ya se dijo, a aquel pago que recibe el trabajador y que surge como contraprestación por la actividad que realiza el trabajador y que las ejecuta en un marco de subordinación. Sobre el particular, Justo López Basanta[(5)] apunta lo siguiente:

---

(1) NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho Laboral*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2003, p. 19.

(2) ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho individual del trabajo en el Perú*. Palestra Editores, Lima, 2013, p. 83.

(3) Ibídem, p. 81.

(4) PIZARRO DÍAZ, Mónica. *La remuneración en el Perú*. Estudio Gonzáles, Lima, 2006, p. 23.

(5) LÓPEZ BASANTA, Justo. "El salario". En: *Instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Academia iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social-UNAM, México, 2007, p. 445 y ss.

- Desde el punto de vista económico la remuneración es un rédito o ingreso. Este ingreso es individual y contractual, y no tiene relación con la compensación de un gasto o la reparación de un daño. Asimismo, los economistas lo consideran fundamentalmente un precio –el precio del trabajo subordinado–, aunque con características especiales, pues no se admite por razones éticas que quede librado pura y exclusivamente al mercado.

- En un sentido jurídico, la remuneración es la contraprestación del trabajo subordinado y funciona como una ventaja patrimonial para el trabajador. Además, hay que señalar que esa relación de reciprocidad y conmutatividad entre el salario y el trabajo subordinado determina el carácter oneroso de la relación de trabajo.

- Finalmente, no debemos dejar de lado que para la inmensa mayoría de la población activa la remuneración tiene una evidente finalidad de subsistencia, pues se trabaja para vivir. Es por eso que el ordenamiento jurídico le otorga una especial relevancia a la protección del crédito salarial, y, por esa razón, se encuentra vinculado la noción de salario justo y al principio de igualdad.

Es conveniente revisar ahora, lo dicho por la Organización Internacional del Trabajo, la misma que en su Convenio Nº 95 ha establecido una serie de disposiciones relacionadas con la protección de la remuneración, denominada con el término de "salario". Si bien dicho documento no ha sido ratificado por el Perú, debe tenerse en cuenta sus alcances en calidad de recomendación o criterio orientador.

Salario significa, a la luz de este instrumento internacional:

> "(...) la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar".

Además, se indica que el salario se deberá pagar directamente al trabajador interesado, a menos que la legislación nacional, un contrato colectivo o un laudo arbitral establezcan otra forma de pago, o que el trabajador interesado acepte un procedimiento diferente. Finalmente, la norma internacional destaca que se deberá prohibir que los empleadores limiten en forma alguna la libertad del trabajador de disponer de su salario.

La legislación de nuestro país, a través del TUO del Decreto Legislativo Nº728-Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por D.S. Nº 003-97-TR (en adelante, LPCL), reconoce a la remuneración como uno de los elementos esenciales de la relación laboral.

Los contratos de trabajo, al igual que los contratos de locación de servicios y de obra, los de agencia, comisión y corretaje, se ocupan de trabajos productivos por cuenta ajena, lo que quiere decir que la persona que va ser beneficiaria del servicio o se convierte en propietario de lo producido se encuentra en la obligación de otorgar una retribución como pago por estas labores. Sin embargo, en el caso de los contratos de trabajo, esta retribución recibe el nombre de remuneración y debe cumplir con los requisitos establecidos en la LPCL, que se encuentran tipificados de la siguiente manera:

> "**Artículo 6.-** Constituye remuneración para todo efecto legal **el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición**. Las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal, como desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena, tienen naturaleza remunerativa.
>
> No constituye remuneración computable para efecto de cálculo de los aportes y contribuciones a la seguridad social así como para ningún derecho o beneficio de naturaleza laboral el valor de las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto" (el énfasis es nuestro).

Por regla general, el pago que se otorga al trabajador es originado por la puesta a disposición de su actividad, siendo el empleador el que asume el riesgo del trabajo.

No obstante, este elemento no es absoluto pues la legislación laboral regula supuestos en que a pesar de la inactividad temporal del trabajador no se suspende el pago de la remuneración, ejemplo: la licencia por enfermedad o el descanso vacacional. Esta circunstancia es conocida como suspensión imperfecta, pues se mantiene la relación laboral a pesar que una de las prestaciones no se haga efectiva por un tiempo determinado.

Asimismo, existen montos considerados remunerativos por ley que no tienen una explicación contraprestativa, como es el caso de las gratificaciones por Fiestas Patrias y Navidad o la asignación familiar, las cuales se justifican por su

función social. Además, por convenio colectivo o por decisión unilateral del empleador también puede pactarse la entrega de remuneraciones sin que se exija la prestación efectiva del servicio.

De acuerdo con la norma bajo comentario, el pago puede hacerse en dinero o en especie. Si bien no hay un criterio manifiesto que nos permita determinar la proporción que debe guardar cada uno, la norma fija con precisión que este ingreso sea de libre disposición del trabajador. Por ende, y de conformidad con el Convenio Nº 95 de la OIT[6], el bien principal debe ser dinerario, condicionándose la entrega de bienes a que sirvan para el consumo del trabajador o que tengan la virtualidad de ser vendidos sin dificultad en el mercado, a un precio equivalente a la suma adeudada[7].

La unidad de cálculo de la remuneración puede adoptar dos formas: a) en función del tiempo, y b) en función de las unidades o piezas producidas. La forma más común, reconocida expresamente por el artículo 8 de la LPCL, es aquella que utiliza como factor de medición los meses, los días y las horas de trabajo. A diferencia de este caso, los destajeros y comisionistas reciben su remuneración en función de su rendimiento, sin que esto signifique que la base del contrato sea el resultado y no la actividad. Cabe precisar que también puede pactarse una forma mixta de cálculo de la remuneración.

En todo caso, el artículo 7 de la LPCL nos brinda, mediante una definición negativa, un primer indicador al establecer de modo expreso qué conceptos no son remunerativos. Dicho dispositivo señala que no constituirían remuneración para ningún efecto legal los conceptos previstos en los artículos 19 y 20 del TUO del Decreto Legislativo Nº 650 - Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, aprobado por el D.S. Nº 001-97-TR. Por lo tanto, no se consideran remuneraciones: a) las gratificaciones extraordinarias u otros pagos que perciba el trabajador ocasionalmente: b) cualquier forma de participación en las utilidades de la empresa; c) el costo o valor de las condiciones de trabajo y todo monto otorgado al trabajador para el cabal desempeño de sus funciones; d) la canasta de Navidad o

(6) Como lo mencionamos líneas arriba, el Convenio Nº 95 de la OIT a pesar de no haber sido ratificado por el Perú, sirve como un criterio orientador para efectuar el pago de la remuneración a los trabajadores. En ese sentido, dicho documento internacional prescribe que la legislación nacional, los contratos colectivos o los laudos arbitrales podrán permitir el pago parcial del salario con prestaciones en especie en las industrias u ocupaciones en que esta forma de pago sea de uso corriente o conveniente a causa de la naturaleza de la industria u ocupación de que se trate, debiéndose tomar las medidas pertinentes para garantizar que: a) las prestaciones en especie sean apropiadas al uso personal del trabajador y de su familia, y redunden en beneficio de los mismos; y b) el valor atribuido a estas prestaciones sea justo y razonable.

(7) NEVES MUJICA, Javier. Ob. cit., p. 40.

similares; e) el valor del transporte supeditado a la asistencia al centro de trabajo y en cantidad razonable; f) asignaciones o bonificaciones por ocasiones especiales (por educación, cumpleaños, matrimonio, nacimiento de hijos, fallecimiento, etc.), y g) la alimentación que tenga el carácter de condición de trabajo.

2. Teorías sobre la remuneración

Ahora bien, como se habrá podido advertir por lo anteriormente acotado, la remuneración no constituye únicamente una contraprestación, puesto que el objeto de esta relación jurídica no son bienes comunes, sino que se trata de energía del trabajador, la cual no se puede escindir de su personalidad. En función de ello los teóricos han tratado, desde mucho tiempo atrás, de delimitar la naturaleza de la remuneración, y para ello se han esbozado hasta tres teorías:

- La primera, que postula que la remuneración no es más que la contraprestación al trabajo efectivamente realizado por el trabajador, teoría mediante la cual solo cabe asimilar como concepto remunerativo aquel pago que responde únicamente al trabajo contraprestado. Los grandes desafíos de la teoría bajo análisis son el de explicar el carácter de los pagos que autorizan los ordenamientos jurídicos a los supuestos en los cuales por norma legal o acuerdo –individual o colectivo– se suspende la actividad del trabajador sin que se permita suspender el pago o cuando no se lleva a cabo la actividad por culpa del empleador. Las respuestas de la corriente doctrinaria en cuestión aluden a una excepción a la regla de la contraprestatividad, por lo tanto aquellos pagos arriba mencionados responderían a meras excepciones a la regla de la contraprestatividad[8]. Asimismo, se acude al principio protector del Derecho del Trabajo a fin de proclamar que, los pagos efectuados en ausencia de una prestación efectiva de trabajo son producto de desequilibrios (excepciones a la contraprestatividad) que el principio protector subsana.

- La segunda teoría afirma que la remuneración obedece a la contraprestación necesaria que surge en razón de la existencia de un contrato de trabajo. Esto es, todos los pagos que reciba el trabajador por su condición tendrán carácter remunerativo sin importar si se realizó la actividad o si se puso a disposición del empleador la mano de obra del trabajador.

(8) PIZARRO DÍAZ, Mónica. Ob. cit., p. 43.

- La tercera teoría, la misma que suscribimos, plantea que la remuneración es la respuesta a la disponibilidad del trabajador, es decir, la contraprestación a la puesta a disposición de la fuerza de trabajo que el trabajador desarrolla en favor del empleador y que este gerencia facultado por su poder de dirección. Esto, como se verá más adelante además de resolver los problemas que corresponden a la naturaleza de los pagos que el empleador realiza y que no corresponden a una prestación efectiva, engarza perfectamente con la nueva tendencia global que tiende a revisar los fundamentos de las instituciones jurídicas desde una óptica constitucional y sin perder de vista como es claro, el modelo jurídico-político en el que nos encontramos. Nos referimos a la constitucionalización de los derechos laborales, la misma que aprecia que la efectiva realización de los derechos sociales "se concibe como un requisito o condición para lograr la igualdad real o material y la justicia social"[9]. Según lo dicho, el constitucionalismo social se convierte en una condición necesaria y manifestación típica del modelo jurídico-político actual: El Estado Social y Democrático de Derecho.

3. Teoría del salario social

Ante lo ya expuesto, conviene anotar que la concepción conmutativa o contraprestativa de la remuneración pretende cuantificar la fuerza de trabajo del trabajador como si se tratase de un bien cualquiera, en este sentido es reconocida la teoría que postula que el trabajador cede parte de su personalidad a favor del empleador, el mismo que se servirá de ella a fin de obtener un beneficio económico[10]. Como se verá más adelante, el artículo 24 de nuestra Constitución Política rebasa la concepción contraprestativa de la remuneración para acoger un concepto de remuneración que sirve como medio para lograr un fin, el que consiste en un bienestar material y espiritual para el trabajador y su familia, como se desprende de la simple lectura del dispositivo constitucional.

Para la teoría del salario social el fundamento del pago de una remuneración estriba en la naturaleza de la prestación que el trabajador realiza, la misma que se convierte en el único medio de subsistencia para él, por lo tanto, el empleador debe procurar que el trabajador cuente con lo necesario a fin de satisfacer sus necesidades. Esta tesis opta por reconocer el carácter contraprestativo de la

(9) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, p. 73.

(10) ARCE ORTIZ, Elmer. Ob. cit., p. 344

remuneración y además, acercándose a nuestro desarrollo constitucional, se convierte en un concepto social que busca garantizar las necesidades básicas del trabajador y su familia.

Esta teoría es aceptada por nuestra doctrina nacional. Autores como Arce, Vinatea y Blancas, entre otros, defienden el carácter social de la remuneración. Según Vinatea "el salario social, sirve para designar todos los componentes de la remuneración que no tienen origen contraprestativo"[11]. Debemos mencionar también que el salario social posee un doble campo de actuación; es así como podemos observar el salario social continuado y el salario social suficiente. El primero hace referencia a la remuneración que se paga durante los supuestos de suspensión o interrupción laboral[12] , y el segundo se encuentra compuesto por los complementos salariales que buscan satisfacer las necesidades esenciales del trabajador y que resultan rentas independientes del trabajo prestado.

4. Fundamento constitucional de la remuneración

La Constitución Política de 1993 consagra el derecho a la remuneración de la siguiente manera:

> "**Artículo 24.-**
>
> El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure para él y su familia, el bienestar familiar y espiritual.
>
> El pago de la remuneración y los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador.
>
> Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores".

Tomando en cuenta la regulación dispuesta por el Constituyente sobre la remuneración, cabe acotar lo siguiente:

Podemos considerar como uno de los elementos esenciales de la remuneración el hecho que sea un monto que procure condiciones de existencia moralmente aceptables para el trabajador y su familia. Tal como indica Víctor García

(11) VINATEA RECOBA, Luis. *El pago de remuneraciones durante la suspensión de la relación laboral: las manifestaciones del salario social.* Tesis para optar el Título de Bachiller en Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990, p. 18.

(12) PIZARRO DÍAZ, Mónica, Ob. cit., p.54

Toma[13], esta concepción de la remuneración fue reconocida en nuestro país por primera vez mediante la Carta de 1979, la cual se nutre de un bagaje ideológico que reconoce como deber del cuerpo político y de la comunidad el posibilitar que el trabajador reciba una retribución moral y material que satisfaga sus necesidades vitales para él y su familia y que además sea compensatoria del rendimiento obtenido y el esfuerzo realizado[14]. Si bien la Constitución actualmente vigente renuncia en muchos aspectos a la cláusula social contenida en la Constitución de 1979, el Tribunal Constitucional ha sido claro al referirse a que la remuneración debe garantizar la vida digna del trabajador.

La consagración del derecho a la remuneración en nuestro ordenamiento constitucional resulta esencial para que el Estado social peruano cumpla con sus fines[15]. No podríamos pensar en brindarles a las personas condiciones de existencia dignas para el ejercicio real de su libertad si es que no se les garantiza un ingreso adecuado por sus labores dependientes que les permita lograr su propio bienestar material y espiritual. En ese sentido, el reconocimiento constitucional de este derecho resulta básico en la configuración del Estado peruano como uno Social y Democrático de Derecho**.**

En su segundo párrafo, la Constitución brinda una protección especial tanto a la remuneración como a los beneficios sociales, otorgándoles prioridad frente a otras obligaciones que pueda haber. En opinión de Arce[16], esto puede interpretarse de dos maneras: o bien todos los beneficios sociales no tienen naturaleza remunerativa o bien que solo algunos beneficios sociales no tienen carácter remunerativo. Al respecto, cabe opinar que si bien nuestra legislación[17] solo menciona que el seguro de vida, la bonificación por antigüedad y la Compensación por tiempo de servicios son beneficios sociales, es recomendable extender el alcance de este concepto para abarcar todas aquella prestaciones económicas que inciden en la inclusión social del trabajador y su familia.

---

(13) GARCÍA TOMA, Víctor. *Derechos fundamentales*. 2ª ed., Adrus, Lima, 2013, p. 727.

(14) Vinculado con este tema, hay que rescatar la importancia de la remuneración mínima. Dicha noción alude al pago indispensable que debe recibir un trabajador por concepto de remuneración, la cual se encuentra vinculada directamente con el aseguramiento de un nivel de vida óptimo para el trabajador y su familia. Actualmente, el órgano encargado de estudiar y proponer al Estado los montos de remuneraciones mínimas es el Comité Nacional de Remuneraciones Mínimas Vitales.

(15) SARZO TAMAYO, Víctor. *La configuración constitucional del derecho a la remuneración en el ordenamiento jurídico peruano*. Tesis para optar el Título de Abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012, p. 16.

(16) ARCE, Elmer. Ob. cit., p. 326.

(17) Cfr. Decreto Legislativo Nº 688 - Ley de Consolidación de Beneficios Sociales.

El Tribunal Constitucional en variada jurisprudencia se ha referido al artículo 24 de nuestra Constitución y ha señalado que el cobro de las acreencias laborales posibilitan al trabajador la satisfacción de sus necesidad humanas primordiales, y con ello "tener una subsistencia y vida digna acorde con lo prescrito en el artículo 2, inciso 1 de nuestra Constitución[18], además este colegiado ha privilegiado el cobro de la remuneración sobre otras obligaciones del empleador y ha establecido que:

> "El mandato constitucional ha previsto como condición que la remuneración que el trabajador perciba como contraprestación por la labor (entendida en términos latos) que realiza **debe ser equitativa y suficiente: características que constituirían los rasgos esenciales del derecho a la remuneración**"[19] (el resaltado es nuestro).

Entendemos aquí que el colegiado quiso resaltar como suficiente aquella característica de la remuneración que se encuentra íntimamente ligada con la satisfacción de las necesidades básicas y que encuentra fundamento en el principio de dignidad intrínseca de la persona, y en el derecho a la vida en su vertiente material.

III. TRATAMIENTO DE LA REDUCCIÓN REMUNERATIVA

Luego de haber analizado los elementos esenciales del contenido doctrinario de la remuneración y su fundamento constitucional, conviene percatar el fenómeno de la reducción remunerativa tanto en la legislación comparada como en la nuestra, claro está.

1. Reducción remunerativa en la legislación comparada

A fin de encontrar similitudes y poder contextualizar normativamente la reducción remunerativa, nos remitiremos a las legislaciones española, mexicana y argentina vigentes.

a) España

Como sabemos, todo dispositivo normativo obedece a un propósito que el legislador persigue, y a su vez este propósito casi siempre está conectado

(18) STC Exp. Nº 03072-2006-AA, f. j. 8.

(19) STC Exp. Nº 00027-2006-AI, ff. jj. 15-17.

íntimamente al contexto propio en el que se dicta la norma, es así que si queremos encontrar el sentido correcto de una norma no debemos perder nunca de vista el contexto en el cual se dicta.

El Partido Popular en España encuentra al país en el 2011 sumido en una honda crisis, la misma que repercutía en gran medida en el ámbito laboral. A manera de solución, en el proyecto electoral del partido antes mencionado se habla de flexibilizar la norma laboral y dinamizar las relaciones económicas a fin de modernizar las instituciones, las que deben adaptarse a la economía global. De esta manera, se proponía una reforma integral(20) la cual tendría como pilares una mayor estabilidad, una mayor flexibilidad interna en las empresas y consideraba la formación como un derecho del trabajador(21).

Nos parece saludable desde el punto de vista democrático la iniciativa del gobierno español de fomentar una ley laboral en la cual se involucren distintos actores sociales –empleadores y trabajadores debidamente organizados y representados– los que luego de varias sesiones llegaron a acuerdos importantes, menos a uno: el referido a negociación colectiva. Para no perder de vista el punto central de nuestro análisis, diremos que el Real Decreto-Ley que se dictó en el 2012, en términos generales, recoge las principales necesidades planteadas por el gobierno y no sacrifica la estabilidad en el empleo a favor de la flexibilidad intraempresa y la dinamización económica, a pesar de significar un retroceso en algunos puntos tangenciales.

En el ordenamiento español vigente, la reducción remunerativa se enmarca en el ámbito de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, que ya venía recogido en el Estatuto de los Trabajadores y que fue modificado por el Real Decreto-Ley del 2012, el cual plantea(22), como se desprende del análisis

(20) "Discurso de investidura del presidente del PP, Mariano Rajoy" (19 de diciembre de 2011).

(21) Programa electoral Partido Popular (4 de noviembre de 2011).

(22) Boletín Oficial del Estado. ReaL Decreto-Ley 3/2012. 11 de febrero de 2011.

Artículo 12. Modificación sustancial de condiciones de trabajo.

Uno. El artículo 41 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, queda redactado del siguiente modo:

"Artículo 41. Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo.

1. La dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se consideraran tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa.

Tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias:

de la norma, la posibilidad de que el empleador atendiendo a ciertas causas objetivas y reales ya sean económicas, técnicas, organizativas o de producción, reduzca unilateralmente el salario del trabajador debiendo para esto notificarle con quince días de anticipación la decisión y los motivos que la fundamentan.

El problema empieza al momento de determinar dichas causas, para lo cual el operador jurídico deberá recurrir a los principios de proporcionalidad y ponderar en cada caso concreto si la medida adoptada por el empleador vulnera o no los derechos del trabajador. Ahora bien, en lo que respecta al ámbito individual el trabajador podrá aceptar la reducción o podrá rescindir su contrato y percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses, según dicta la norma.

En atención a lo expuesto, el Tribunal Supremo en la Sala de lo Social de Madrid si bien desestimó el petitorio concreto de la parte demandante en un caso de reducción salarial colectiva, estableció ciertos parámetros correspondientes al ámbito de las causas que permiten una reducción salarial unilateral:

> "En lo que al segundo aspecto se refiere, se mantienen los cuatro ámbitos de las causas desencadenantes y que –vid. STS 17/09/12 rcud 578/12– siguen siendo: a) los medios o instrumentos de producción [causas técnicas]; b) los sistemas y métodos de trabajo del personal [causas organizativas]; c) los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado [causas productivas];

---

d) Sistema de remuneración y cuantía salarial.

3. La decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual deberá ser notificada por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de 15 días a la fecha de su efectividad.

En los supuestos previstos en los párrafos a), b), c), d) y f) del apartado 1 de este artículo, si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses.

Sin perjuicio de la ejecutividad de la modificación en el plazo de efectividad anteriormente citado, el trabajador que no habiendo optado por la rescisión de su contrato se muestre disconforme con la decisión empresarial podrá impugnarla ante la jurisdicción social. La sentencia declarará la modificación justificada o injustificada y, en este último caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones.

Cuando con objeto de eludir las previsiones contenidas en el apartado siguiente de este artículo, la empresa realice modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo en periodos sucesivos de noventa días en número inferior a los umbrales que establece el apartado segundo para las modificaciones colectivas, sin que concurran causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas modificaciones se considerarán efectuadas en fraude de ley y serán declaradas nulas y sin efecto.

y d) los resultados de explotación [causas económicas, en sentido restringido]"[23].

Además de lo expuesto resulta vital tomar en cuenta lo manifestado por Sanguineti cuando se refiere expresamente a la revisión de los juicios de proporcionalidad, razonabilidad y buena fe, los cuales hay que tomar en cuenta al momento de proceder con la modificación de condiciones laborales, en vista de que en estos procesos se ventilan derechos fundamentales de los trabajadores[24].

b) México

En la Ley Federal del Trabajo[25], en específico en el Título Tercero –referido a las condiciones de trabajo– y en el capítulo primero[26] –que desarrolla las disposiciones generales–, podemos observar que la intención del legislador mexicano fue posibilitar una modificación en las condiciones laborales (incluso en materia salarial) tanto al trabajador como al empleador **si existe causa económica que lo fundamente**. Nótese que esta ley posee un concepto expreso de salario y que además se proscribe la cesión del salario o de parte del mismo a favor del empleador, lo que constituye la nulidad de lo actuado[27].

Asimismo, esta norma posee un apartado en el que se regula la modificación de las condiciones laborales de manera colectiva[28] mediante un contrato colectivo de trabajo, el mismo que no producirá efectos sino contempla disposiciones salariales[29]. Es notorio percibir que esta legislación permite la reducción remunerativa y la funda en la existencia de causas económicas que

(23) Sentencia del Tribunal Supremo 599/2014, de 27 de enero de 2014.

(24) El Tribunal Supremo aclara: no todo es posible cuando de modificar las condiciones laborales se trata. Del blog de Wilfredo Sanguineti Raymond. <http://wilfredosanguineti.wordpress.com/page/2/> 8 de marzo de 2014.

(25) Ley Federal del Trabajo, reformada el 30/11/2012.

(26) Artículo 57.- El trabajador podrá solicitar de la Junta de Conciliación y Arbitraje la modificación de las condiciones de trabajo, cuando el salario no sea remunerador o sea excesiva la jornada de trabajo o concurran circunstancias económicas que la justifiquen.

El patrón podrá solicitar la modificación cuando concurran circunstancias económicas que la justifiquen.

(27) Artículo 104.- Es nula la cesión de los salarios en favor del patrón o de terceras personas, cualquiera que sea la denominación o forma que se le dé.

(28) Artículo 386.- Contrato colectivo de trabajo es el convenio celebrado entre uno o varios sindicatos de trabajadores y uno o varios patrones, o uno o varios sindicatos de patrones, con objeto de establecer las condiciones según las cuales debe prestarse el trabajo en una o más empresas o establecimientos.

(29) Artículo 393.- No producirá efectos de contrato colectivo el convenio al que falte la determinación de los salarios. Si faltan las estipulaciones sobre jornada de trabajo, días de descanso y vacaciones, se aplicarán las disposiciones legales.

obliguen al empleador a tomar esta determinación. Vuelve aquí a cobrar relevancia lo que se entiende como causa económica fundante, la que a nuestro criterio tiene un carácter necesario y cierto. No hay dejar de lado que la solución debe también revestir un criterio de razonabilidad, proporcionalidad y en lo posible encontrarse vinculada a una negociación colectiva y no a una decisión aislada.

c) Argentina

Dentro de la legislación argentina resulta interesante examinar la Ley del contrato de trabajo y sus modificatorias relativas a la reducción salarial. Entre los dispositivos que más destacan tenemos el artículo 12 referido a la irrenunciabilidad de derechos y el artículo 66 que trata de la modificación de condiciones laborales. Así, el artículo 12[30] proscribe de manera enérgica todo pacto tendente a suprimir o *reducir lo previsto en los contratos individuales de trabajo*, lo cual imposibilita el hecho de que opere una reducción remunerativa y mucho más que esta opere de manera unilateral.

En su momento, el artículo 66[31], siguiendo la línea interpretativa del artículo 12, permite las modificaciones a las condiciones laborales, siempre y cuando estas no sean de carácter esencial ni causen perjuicio material o moral al trabajador. Al respecto, el juez argentino[32] concluye que

(30) Ley 26.574. Sancionada: Diciembre 2 de 2009. Promulgada de Hecho: Diciembre 22 de 2009

Articulo 1.- Modifícase el texto del artículo 12 de la Ley Nº 20.744 (t.o. 1976) –Ley de Contrato de Trabajo–, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 12: Irrenunciabilidad. Será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas o los contratos individuales de trabajo, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción.

(31) Ley 26.088. Sancionada: Marzo 29 de 2006. Promulgada de Hecho: Abril 21 de 2006

Artículo 1.- Sustitúyase el artículo 66 de la Ley Nº 20.744 (t.o. 1976) por el siguiente:

Artículo 66.- Facultad de modificar las formas y modalidades del trabajo. El empleador está facultado para introducir todos aquellos cambios relativos a la forma y modalidades de la prestación del trabajo, en tanto esos cambios no importen un ejercicio irrazonable de esa facultad, ni alteren modalidades esenciales del contrato, ni causen perjuicio material ni moral al trabajador.

Cuando el empleador disponga medidas vedadas por este artículo, al trabajador le asistirá la posibilidad de optar por considerarse despedido sin causa o accionar persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas. En este último supuesto la acción se substanciará por el procedimiento sumarísimo, no pudiéndose innovar en las condiciones y modalidades de trabajo, salvo que estas sean generales para el establecimiento o sección, hasta que recaiga sentencia definitiva.

(32) *Ius variandi*. Rebaja salarial. Traspaso de empresa.

Si el trabajador, después del traspaso por venta de una empresa a otra, siguió realizando la misma tarea, resulta injustificada la rebaja salarial impuesta por la nueva adquirente, pues esta modificación altera la equivalencia de las prestaciones, vale decir el sinalagma contractual y vulnera el principio

la reducción salarial queda proscrita, y que de darse, originaría un despido sin causa[33].

2. Reducción remunerativa en la legislación peruana

Como se mencionó al inicio, en el Perú existe un reconocimiento constitucional del derecho a la remuneración, pero el ámbito de protección de la irrenunciabilidad de derechos se agota en lo contenido en la Constitución y la Ley. Esto genera zonas de desprotección que obviamente perjudican al trabajador peruano, toda vez que el contrato de trabajo es el que "asume, normalmente, no solo la fijación de la cuantía remunerativa, sino también el sistema de cuantificación de la prestación del servicio y de la propia estructura del salario"[34].

Dentro de la legislación vigente, destaca el tenor de la Ley Nº 9463[35], el cual impide cualquier reducción remunerativa por iniciativa exclusiva del empleador, siendo solo posible si existe un acuerdo expreso entre las partes de la relación laboral (trabajador y empleador).

Además, interpretado *a contrario sensu* las disposiciones de la LPCL[36], se configura como un acto de hostilidad la reducción de la remuneración, siempre y

---

de retribución justa que tiene raigambre constitucional (art. 14 CN). La extinción del vínculo con su empleadora anterior no resulta eficaz para justificar la posterior conducta de la demandada, ya que fue un artilugio implementado para perjudicar a los trabajadores puesto que perseguía disminuir sus derechos, ya sea en orden al nivel salarial como a la antigüedad en el empleo. CNAT Sala III Exp. Nº 19.913/98 Sent. Def. Nº 82.307 del 11/06/2001 "Sala, Raúl c/ Pepsico Snaks Argentina SA s/ despido" (Porta - Eiras).

(33) *Ius varandi*. Rebaja del salario básico. Injuria. Empleado de una AFJP.

Constituye injuria suficiente para justificar el despido indirecto la actitud de la empleadora que, haciendo uso abusivo del "ius variandi" procedió a rebajar el salario básico del trabajador. No obsta a tal conclusión el hecho de que se haya procedido a incrementar el porcentaje de "comisiones" por afiliación, toda vez que la remuneración del actor quedó sujeta a un álea que variaba sustancialmente mes a mes, con la posibilidad de disminución debido a la saturación del mercado con la competencia de otras AFJP y el agotamiento paulatino de los trabajadores aún no afiliados.

CNAT Sala II Exp. Nº 7389/01 Sent. Def. Nº 91.606 del 05/05/2003 "González Chávez, Martín c/ Agrocom SA s/ despido" (González - Bermúdez).

(34) ARCE ORTIZ, Elmer. Ob. cit., p. 391.

(35) Artículo único.- La reducción de remuneraciones aceptadas por un servidor, no perjudicará en forma alguna los derechos adquiridos por servicios ya prestados (…) debiendo computársele las indemnizaciones por años de servicios de conformidad con las remuneraciones percibidas, hasta el momento de la reducción. Las indemnizaciones posteriores se computarán de acuerdo con las remuneraciones rebajadas (…).

(36) TUO del Decreto Legislativo Nº 728

Artículo 30.- Son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes:

(…)

b) La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría;

cuando no se encuentre debidamente fundamentada. En ese caso, se considera un acto de hostilidad equiparable al despido.

IV. JURISPRUDENCIA RELEVANTE

1. Corte Suprema

La Corte Suprema ha dictado ciertos fallos donde se advierte la derogación tácita de la Ley Nº 9463, debido a que entraba en contradicción con las disposiciones de la Constitución de 1979, la que contemplaba un marco más protector que aquella.

En efecto, la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación Nº 1781-2005-Lima, indica que la Ley Nº 9463 no está vigente porque fue derogada tácitamente por la Constitución de 1979. Al mismo tiempo, dicha Sala asevero que la Ley mencionada permitía la posibilidad de reducir remuneraciones previo acuerdo con el trabajador, pero no resultaba aplicable al caso concreto materia de la decisión judicial al considerar que "la Constitución de mil novecientos setenta y nueve la derogó tácitamente al proteger de manera adecuada los derechos laborales de los trabajadores"[37].

En el mismo sentido, la Casación Nº 3298-2009-Callao ratificó el criterio según el cual la Ley Nº 9463 quedaba derogada tácitamente con la consagración constitucional del principio de irrenunciabilidad. En el caso bajo examen, la entidad empleadora denunciaba la afectación de las normas al debido proceso, la inaplicación del artículo 30, literal b) del Decreto Legislativo Nº 728, y la inaplicación de la Ley Nº 9463.

En el artículo 30, b) de la LPCL, se contempla que para configurar un acto de hostilidad equiparable al despido, la reducción de remuneraciones debe ser inmotivada. En el caso mencionado, el trabajador suscribió un convenio sobre modificación de cargo, categoría y nivel remunerativo que, si bien podía justificar la reducción de la remuneración, no se correspondió nunca con la realidad, dado que el demandante siempre mantuvo el puesto anterior.

En atención a la inaplicación de la Ley Nº 9463, señala la Corte Suprema que no existe una derogación expresa, pero que debe realizarse una interpretación de acuerdo a la Constitución vigente. En tal sentido, la mencionada Ley contravendría

(37) Casación Nº 1781-2005-Lima, del 21 de marzo de 2007.

lo señalado en el artículo 26.2 de la Constitución, que recoge el principio de irrenunciabilidad de derechos; asimismo el artículo 23, que señala que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni rebajar la dignidad del trabajador.

2. Tribunal Constitucional

La opinión del Máximo Intérprete de la Constitución respecto al tema de la reducción remunerativa no es concordante con la postura de la Corte Suprema, tal como se puede desprender de reiteradas sentencias. Dos aspectos que ha tomado en cuenta el Tribunal Constitucional para delimitar con claridad el contenido esencial del derecho a la remuneración son: a) los casos en que opera la irrenunciabilidad de derecho, y b) la distinción entre el contenido esencial y el contenido accidental del derecho a la remuneración.

El primer punto, claramente dilucidado por el Tribunal Constitucional en el Exp. Nº 008-2005-PI/TC, versa sobre el contenido del principio de irrenunciabilidad de derechos. Por regla general, se consideran no revocables e irrenunciables –aunque no imprescriptibles[38]– los derechos reconocidos por la Constitución y la legislación laboral, e incluso aquellos previstos por los tratados de derechos humanos, debido a que recogen el estándar mínimo de derechos que todo Estado se encuentra obligado a garantizar. Por lo tanto, el acto de renuncia resultaría nulo y sin efecto alguno, en concordancia con lo preceptuado en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil.

El Colegiado acota que la irrenunciabilidad de derechos laborales proviene y se sujeta al ámbito de las normas taxativas. En orden a esta imperatividad, son normas de orden público, siendo su finalidad proteger al trabajador como parte más débil de la relación laboral. Es decir, no se puede alegar la irrenunciabilidad de los derechos otorgados por normas dispositivas.

Finalmente, en esta sentencia se aprecia que, de acuerdo con el tenor literal del precepto constitucional que regula esta materia, no están cubiertos por el principio de irrenunciabilidad los derechos originados de otras fuentes que no sean la Constitución y la ley, por ejemplo, la convención colectiva o la costumbre.

(38) En el pronunciamiento recaído el Exp. Nº 00529-2010-PA/TC, el Tribunal Constitucional declara enfáticamente que los derechos laborales, como cualquier otro derecho, se actualizan gracias a la diligencia que toma el titular para garantizarlos, quien debe tener siempre presente los plazos para efectuar el ejercicio de la defensa correspondiente. Por ende, no opera la irrenunciabilidad en el caso de que se produzca la prescripción de algún derecho laboral, como sanción legal por falta de ejercicio de las garantías señaladas en la ley.

En lo que respecta al contenido esencial y accidental del derecho a la remuneración, un interesante análisis fue desarrollado por el Tribunal Constitucional en la reciente sentencia recaída en el Exp. Nº 0020-2012-PI/TC, en donde se ventila la demanda de inconstitucionalidad iniciada en contra del primer párrafo de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley de Reforma Magisterial (Ley Nº 29944),

Antes de esa sentencia, el mismo Colegiado había fijado dos criterios disímiles. En efecto, originalmente había quedado sentado el criterio[39] que la Constitución protege al trabajador aun respecto de sus actos propios, cuando pretenda renunciar a los derechos y beneficios que por mandato constitucional y legal le corresponden, evitando que, por desconocimiento o ignorancia o en casos de amenaza, coacción o violencia, se vea perjudicado. En consecuencia, resultaba intolerable todo acto de renuncia de las garantías básicas otorgadas por el ordenamiento jurídico que contravengan abiertamente el artículo 23 de la Constitución.

A pesar de ello, a través de un fallo notablemente distinto (Exp. Nº 009-2004-AA/TC), el Tribunal Constitucional posibilitaba la reducción válida de la remuneración siempre y cuando se mantenga dentro de los márgenes de la Ley Nº 9463, siempre que previamente el trabajador haya dado su aceptación. De igual modo, puntualizó que, de una interpretación en sentido contrario del artículo 30 de la LPCL, se desprendía que las reducciones "motivadas" de la remuneración y de la categoría no son prácticas proscritas por el ordenamiento jurídico.

Retomando el estudio de la opinión vertida en el Exp. Nº 0020-2012-PI/TC, es importante advertir que el punto más interesante de la sentencia es la precisión de las condiciones que permiten restringir la intangibilidad de la remuneración. Como primer punto, el Colegiado cree conveniente definir la remuneración a la luz de la Constitución, es decir como la retribución que recibe el trabajador en virtud del trabajo o servicio realizado para el empleador, de naturaleza alimentaria al tener una estrecha relación con el derecho a la vida, acorde con el principio-derecho a la igualdad y la dignidad. En ese sentido la remuneración adquiere diversas consecuencias o efectos para el desarrollo integral de la persona, manifestándose también como un incentivo para atraer y retener al personal más idóneo.

Acota también que no hay que confundir el contenido esencial, que tiene que ser respetado de modo absoluto por el legislador, y uno accidental, cuyos

(39) Cfr. Exp.Nº 2906-2002-AA/TC.

límites pueden ser establecidos por el legislador a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados. El contenido esencial engloba los siguientes elementos:

- Acceso, en tanto nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución (art. 23 de la Constitución).
- No privación arbitraria, como reflejo del acceso, en tanto ningún empleador puede dejar de otorgar la remuneración sin causa justificada.
- Prioritario, en tanto su pago es preferente frente a las demás obligaciones del empleador, de cara a su naturaleza alimentaria y su relación con el derecho a la vida y el principio-derecho a la igualdad y la dignidad (segundo párrafo del art. 24 de la Constitución).
- Equidad, al no ser posible la discriminación en el pago de la remuneración (primer párrafo del art. 24 de la Constitución).
- Suficiencia, por constituir el *quantum* mínimo que garantiza al trabajador y a su familia su bienestar (primer párrafo del art. 24 de la Constitución).

Mientras que el contenido accidental de la remuneración atiende a dos categorías puntuales, las cuales pueden ser restringidas en función de otros bienes y derechos amparados por la Constitución resultando posible su optimización de manera gradual. Estos elementos son:

- La consistencia, en tanto debe guardar relación con las condiciones de exigencia, responsabilidad y complejidad del puesto que ocupa el trabajador. Para su determinación, ha de tomar en cuenta el efecto ingreso (o renta), según el cual la variación del número deseado de horas de trabajo provocada por una variación del ingreso debe mantener constante el salario.
- La intangibilidad, en tanto no es posible la reducción desproporcional de una remuneración, lo que fluye del carácter irrenunciable de los derechos de los trabajadores (art. 26.2 de la Constitución, definida en múltiple jurisprudencia, como la STC Exp. Nº 4188-2004-AA/TC).

Como la remuneración no es esencialmente intangible, es viable que el derecho a la remuneración sea limitado o restringido, excepcional y razonablemente.

Establece entonces el Tribunal, acorde con esta idea, que se podrá realizar una reducción consensuada por el trabajador, como se desprende de un análisis de la Ley Nº 9463[40] ya comentada, y una reducción no consensuada, la cual se produce de manera unilateral por el empleador o por el Estado (comportándose como empleador) siempre y cuando medie causa objetiva y justificada (como por ejemplo, cuando haya necesidad de cumplir los objetivos económicos y financieros de la empresa o entidad, o en el caso de necesidad de reorganización del personal), debiéndose reflejar en la disminución de haberes los motivos o razones que originan la reducción respetiva.

En síntesis, podemos apreciar que sí es posible realizar la reducción remunerativa siempre y cuando obedezca a criterios objetivos, fundantes y en calidad de excepción, así mismo dicha reducción debe obedecer a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

V. CONCLUSIONES

La remuneración se erige en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho como un derecho fundamental, cuyo reconocimiento normativo se da tanto en nuestra Constitución como en los convenios internacionales de la OIT, los cuales se integran a nuestro ordenamiento en virtud de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución. En su calidad de derecho fundamental posee un contenido esencial, el mismo que no podrá ser menoscabado por ningún acto estatal o interprivatos en razón a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

A pesar de estas consideraciones, la remuneración puede verse afectada o limitada siempre y cuando no se vulnere su contenido esencial y en la medida que tal afectación actúe en última ratio, la misma que debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

La reducción de la remuneración no consensuada no implica una vulneración del principio de progresividad de los derechos sociales. Según este principio el Estado no puede dictar medidas regresivas, es decir, que produzcan una situación menos favorable o perjudicial que la que se encuentra establecida previamente. Sin embargo, siguiendo al Tribunal Constitucional, este principio tampoco supone la absoluta imposibilidad de limitar los avances efectuados por el Estado en materia de derechos sociales, siempre que existan razones de interés general que así lo justifiquen.

(40) STC Exp. Nº 0009-2004-AA/TC, fundamento tercero.

Posibles soluciones al respecto existen varias, la primera puede estar dirigida a otorgar un margen amplio de discrecionalidad al empleador para delimitar en qué circunstancias corresponde la reducción de la remuneración, siendo posible su impugnación por vía judicial. El otro modelo, privilegia un orden más rígido, cuya pretensión principal sea la demarcación legal necesaria y suficiente del contenido esencial y accidental de la remuneración

Nos inclinamos por la segunda idea, debido a que resulta más consistente, dentro de una perspectiva tuitiva y de acuerdo con el modelo de Estado democrático y social de derecho, regular los aspectos más importantes relativos a la determinación y posible afectación de la remuneración. Una aproximación a la experiencia internacional nos muestra que la flexibilidad de las normas que regulan esta materia afectan directamente las condiciones de vida de los trabajadores, lo cual puede ser el germen de conflictos sociales.

Sin embargo, no se puede soslayar que ningún derecho es absoluto, y esto también hay que tenerlo presente al momento de establecer los límites del principio de irrenunciabilidad de derechos, pues existen situaciones concretas que posibilitan una reducción remunerativa (de acuerdo con ciertos estándares objetivos y frente a casos de calamidad económica) sin que esto implique una lesión al contenido esencial del derecho a la remuneración, como el respeto a los mínimos legales (como la remuneración mínima vital y otros derechos conferidos por normas imperativas).

En conclusión, compartimos la opinión del Tribunal Constitucional desarrollada en el Exp. Nº 0020-2012-PI/TC, mediante el cual se considera válida la reducción de la remuneración en dos situaciones: a) consensuada, cuyo límite lógico sería el respeto de la remuneración mínima vital, y b) no consensuada (unilateral), en virtud de los cambios económicos que puedan afectar a la empresa y respetando los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

BIBLIOGRAFÍA

ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*. Palestra, Lima, 2013.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

BOZA PRÓ, Guillermo. "Los principios del Derecho del Trabajo en la nueva Constitución". En: *Revista Asesoría Laboral*. Año IV, Nº 7, 1994.

DE LA FUENTE, Horacio. "Protección del Salario Frente al Empleador: Nulidad de los acuerdos que lo reduzca". En: *El Salario*. Estudios en Homenaje al Profesor Américo Pla Rodríguez, Ediciones Jurídicas Amalio Fernández, Montevideo, 1987.

DE LAMA LAURA, Manuel Gonzalo. "Acercamiento a la naturaleza del Derecho Laboral, criterios y principios de interpretación constitucional y contenido constitucional del derecho a la remuneración: críticas a los criterios del Tribunal Constitucional para resolver en cuestiones de reducción de remuneraciones". En: *Laborem*. Año 2007, Nº 7 Revista de la Sociedad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima.

DOLORIER TORRES, Javier y CANDELA ROSAS, Martín. "El Tribunal Constitucional y la reducción de las remuneraciones y la categoría de los trabajadores en nuestro ordenamiento jurídico". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 10, Nº 73, Gaceta Jurídica, Lima, octubre de 2004.

GARCÍA TOMA, Víctor. *Derechos fundamentales*. 2ª ed., Adrus, Lima, 2013.

LÓPEZ BASANTA, Justo. "El salario". En: *Instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social-UNAM, México, 2007.

NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho Laboral*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2003.

OJEDA ÁVILES, Antonio. *La renuncia de derechos del trabajador*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971.

PIZARRO DÍAZ, Mónica. *La remuneración en el Perú*. Estudio Gonzáles, Lima, 2006.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*. Depalma, Buenos Aires, 1990.

PRELLE MAYURI, Herbert. "El principio de irrenunciabilidad de derechos y la transferencia de créditos laborales". En: *Laborem*. Año 2006, Nº 6, Revista de la Sociedad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima.

SARZO TAMAYO, Víctor. *La configuración constitucional del derecho a la remuneración en el ordenamiento jurídico peruano*. Tesis para optar el Título de Abogado. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales: Normativa, jurisprudencia y realidad". En: *Ius et Veritas*. Nº 22, Año XI, Revista editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "¿Cabe la renuncia de remuneraciones? Los criterios del Tribunal Constitucional". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 10, Nº 73, Gaceta Jurídica, Lima, octubre de 2004.

VINATEA RECOBA, Luis. *El pago de remuneraciones durante la suspensión de la relación laboral: las manifestaciones del salario social*. Tesis para optar el Título de Bachiller en Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990.

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú

- Exp. Nº 03072-2006-AA-Lima, Sixto Guillermo Ludeña Luque contra la Universidad Ricardo Palma.
- Exp. Nº 00027-2006-AI-Lima, Acción de Inconstitucionalidad seguida por el Colegio de Abogados de Ica.
- Exp. Nº 4188-2004-AA/TC-La Libertad, Julio César Talledo Marchena contra el Programa Social de Apoyo de Aldeas Infantiles.
- Exp. Nº 0009-2004-AA/TC-Arequipa, Roberto Rodríguez Melgar contra la empresa prestadora de servicios - Sedapar S.A.
- Exp. Nº 0020-2012-PI/TC-Lima, Acción de Inconstitucionalidad contra la Ley Magisterial.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú

- Exp. Nº 1781-2005-Lima. Sala de Derecho Constitucional y Social.

Sentencia del Tribunal Constitucional español

- STC Nº 599/2014, del 27 de enero de 2014.

Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de Argentina

- CNAT Sala III Exp.Nº 19.913/98. Sent. Def. Nº 82.307 del 11/06/2001 "Sala, Raúl c/ Pepsico Snaks Argentina SA s/ despido" (Porta - Eiras).
- CNAT Sala II Exp. Nº 7389/01 Sent. Def. Nº 91.606 del 05/05/2003 "González Chávez, Martín c/ Agrocom SA s/ despido" (González - Bermúdez).

EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS DE TRABAJO EN EL PERÚ

Mauricio Matos Zegarra[1]

I. INTRODUCCIÓN

Los convenios colectivos de trabajo han sido desde su implementación en el mundo en el siglo XIX, la expresión más concreta del carácter concertado de las normas sociales. Sujetos a los mismos avatares y objeciones que en su momento se plantearon contra las organizaciones sindicales, desde la ley francesa "Le Chapelier" y el "Décret D'Allarde"[2], son hoy en día un instrumento gravitante en el desarrollo del Derecho del Trabajo en el mundo, además de ser el producto más importante del derecho fundamental a la negociación colectiva libre y voluntaria entre los actores sociales.

Si bien los convenios colectivos de trabajo nacen de la voluntad libremente expresada de quienes los celebran, los alcances y ámbito de aplicación de estos superan largamente a las partes contratantes, convirtiéndose en verdaderos productos normativos de alcance abstracto y general.

En este sentido, el objeto del presente trabajo es analizar la dinámica del convenio colectivo de trabajo en tanto fuente normativa del Derecho del Trabajo

---

(1) Máster en Droit Social. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Université Libre de Bruxelles (Bélgica). Docente del curso de Derecho Laboral 1 y 2 en la Universidad Católica de Santa María (Perú) y en la Universidad Católica San Pablo (Perú). Gerente de Human Capital en EY (antes Ernst & Young).

(2) Ambos dispositivos legales que datan de 1791 prohibieron la existencia de gremios profesionales en Francia al considerarlos un elemento distorsionador de la libertad contractual expresada por las partes.

y si eventualmente en tanto norma, dichos convenios podrían estar sujetos a mecanismos de control de legalidad, y sobre todo, si es que pueden estar sometidos al control constitucional al que hace referencia el artículo 138 de la Constitución Política del Estado, bien dentro de un proceso laboral o a través de un proceso constitucional de amparo.

Con este propósito hemos estructurado el presente trabajo en tres etapas generales. En la primera, analizaremos la definición y características del convenio colectivo de trabajo desde la perspectiva nacional y doctrinaria. En la segunda parte nos centraremos en analizar los efectos contractuales y los efectos normativos de los pactos colectivos, así como el rol que juega el convenio colectivo de trabajo como fuente normativa del derecho del trabajo.

Finalmente, en la tercera y última parte nos concentramos en el análisis del control de legalidad del convenio colectivo de trabajo, pero sobre todo, las posibilidades de control constitucional que un juez laboral pueda realizar de la compatibilidad de alguna o algunas de las disposiciones normativas de un convenio colectivo de trabajo respecto a la Constitución. Asimismo, analizamos, si tratándose de una norma de carácter autoaplicativa, las partes o eventualmente los trabajadores comprendidos en el ámbito de aplicación material del convenio colectivo, podrían promover un proceso constitucional de amparo en contra de las disposiciones normativas del convenio colectivo, en la medida que tal como ha afirmado el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos, no existen en nuestro país zonas grises exentas de control constitucional(3).

II. EL CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO: DEFINICIÓN Y ALCANCES

Sin lugar a dudas, el convenio colectivo de trabajo es una de las instituciones más importantes del Derecho del Trabajo, pues no solo manifiesta el carácter concertado de las normas sociales, sino que además resulta la expresión más concreta del derecho fundamental a la negociación colectiva consagrada en el artículo 28 de la Constitución Política del Estado. Autores como Neves, han señalado además, que el convenio colectivo es la fuente por excelencia del Derecho del Trabajo(4).

(3) STC Exp. Nº 5854-2005-PA/TC (caso Lizana Puelles) de fecha 8 de noviembre de 2005.

(4) NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo.* 1ª ed., Fondo Editorial de la PUCP. Lima, 2009, p. 86.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) a través de la Recomendación 91 de 1951 señaló que la expresión "contrato colectivo" comprende todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional.

A nivel local y desde el punto de vista constitucional, al menos tres Constituciones se han pronunciado de manera directa o indirecta sobre los convenios colectivos de trabajo pero ninguna intentó una definición de la institución. Así, la Constitución Política del Estado de 1933 señaló de manera muy escueta en el artículo 43 que: "El Estado legislará el contrato colectivo de trabajo". Por su parte, el artículo 54 de la Constitución Política del Estado de 1979 señaló los efectos jurídicos del convenio colectivo de trabajo, señalando que: ¨Las convenciones colectivas de trabajo entre trabajadores y empleadores tiene fuerza de ley para las partes". Nuestra Constitución vigente señala a su vez que ¨la convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado". No obstante, el Tribunal Constitucional en la STC recaída en el Exp. Nº 0008-2005-PI/TC (caso inconstitucionalidad de la Ley Marco del Empleo Público) en el fundamento 29 de la misma, definió al convenio colectivo de trabajo "(…) como el acuerdo que permite crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones referidas a remuneraciones, condiciones de trabajo, productividad y demás aspectos concernientes a las relaciones laborales. En puridad, emana de una autonomía relativa consistente en la capacidad de regulación de las relaciones laborales entre los representantes de los trabajadores y sus empleadores (…)". En la misma línea, el Tribunal Constitucional en la STC recaída en el Exp. Nº 047-2004-AI/TC (caso Gobierno Regional de San Martín) equipara en el fundamento 2.1.3.5 al convenio colectivo de trabajo con el contrato.

A nivel legislativo, y durante gran parte del siglo XX no existieron tampoco intentos de dar una definición legal del convenio colectivo de trabajo. Así, Ramírez[5] en el año 1963 afirmaba que no existía en el Perú, una norma legal sobre la naturaleza jurídica, celebración, contenido, plazo, novación, modificación, rescisión o denuncia. Sin embargo, a nivel jurisprudencial, una Ejecutoria de fecha 28 de setiembre de 1936 (Exp. G. Otárola c/. Hospital Italiano) se refirió a la

(5) RAMÍREZ OTÁROLA, Jorge. *Codificación de la legislación del trabajo y previsión social del Perú.* 2ª ed., Biblioteca Nacional del Perú, Fondo San Martín, Lima, 1963, p. 30.

finalidad de los pactos o convenios, señalando que tienen en su esencia, por finalidad, evitar las desigualdades que pueden contener los contratos individuales de trabajo, por lo cual, las conclusiones de aquellos priman, de acuerdo con los principios generales que los informan, sobre las estipulaciones de los contratos individuales y protegen a todos los servidores afectados.

Nuestra legislación laboral vigente, sí ha definido a la convención colectiva de trabajo. Así, el artículo 41 del D.S. Nº 010-2003-TR (TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo - en adelante, TUO de la LRCT) define a la convención colectiva de trabajo como el acuerdo destinado a regular las remuneraciones, las condiciones de trabajo y productividad y demás, concernientes a las relaciones entre trabajadores y empleadores, celebrado, de una parte, por una o varias organizaciones sindicales de trabajadores o, en ausencia de estas, por representantes de los trabajadores interesados, expresamente elegidos y autorizados y, de la otra, por un empleador, un grupo de empleadores, o varias organizaciones de empleadores.

Si partimos de la definición de contrato plasmada en el artículo 1351 del Código Civil, podemos afirmar válidamente que el convenio o pacto colectivo de trabajo es un acuerdo de voluntades entre una organización sindical, un conjunto de organizaciones sindicales o un conjunto de trabajadores, y un empleador o conjunto de empleadores, destinado a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas relacionadas a las condiciones de trabajo y empleo[6] dentro de los límites impuestos por el carácter imperativo de las normas laborales. Ahora bien, y a efectos del presente trabajo consideramos importante referirnos a los efectos que el convenio colectivo de trabajo despliega tanto en las partes que los suscriben, como en los trabajadores en cuyo nombre se celebra dicho convenio colectivo de trabajo.

III. LOS EFECTOS NORMATIVOS DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS DE TRABAJO

1. El convenio colectivo de trabajo como contrato

Los efectos de un convenio colectivo de trabajo deben ser analizados respecto a dos puntos de vista. En primer lugar, respecto a los trabajadores a quiénes

(6) Recordemos que tal como lo afirman Gernigon, Odero y Guido, los Convenios Nº 98, 154 y 151 de la Organización Internacional de Trabajo centran el contenido de la negociación en las "condiciones de trabajo y empleo" y en la regulación de las "relaciones entre empleadores y trabajadores y entre organizaciones de empleadores y de trabajadores". En: *La negociación colectiva: Normas de la OIT y principios de los órganos de control*. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2000, p. 19.

resultan aplicables los efectos del convenio, y en segundo lugar, respecto a las obligaciones que nacen de dicho convenio y sobre todo los alcances de las mismas.

Empecemos recordando que nuestra Constitución Política del Estado establece en el artículo 28 que la convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado. Sobre este aspecto, Marcenaro(7) señala que la Constitución de 1993 "ha abierto una seria polémica por cuanto ha modificado la expresión "fuerza de ley" por el término "fuerza vinculante". El autor agrega, que al respecto, se le compara con la Constitución de 1979 que contenía la expresión "fuerza de ley para las partes", lo cual fue interpretado por un sector de laboralistas como que, además de reconocerse el carácter normativo del convenio colectivo, se le atribuía un determinado rango normativo: rango primario, es decir equivalente a una ley(8).

Ahora bien, el TUO de la ley de relaciones colectivas de trabajo señala en su artículo 42 que la convención colectiva de trabajo tiene fuerza vinculante para las partes que la adoptaron, obligando a estas, a las personas en cuyo nombre se celebró y a quienes les sea aplicable, así como a los trabajadores que se incorporen con posterioridad a las empresas comprendidas en la misma.

Es decir, que en principio un convenio colectivo de trabajo despliega los mismos efectos que un contrato, convirtiéndose en una fuente generadora de obligaciones jurídicas para las partes que lo han suscrito; recordando que de acuerdo al artículo 1363 del Código Civil los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan.

Y es que tal como lo refiere Rodríguez Mancini, "las normas que regulan las relaciones privadas con contenido patrimonial surgen, en general, de dos fuentes principales: el Poder Legislativo, que da normas heterónomas para los interesados, y el acuerdo entre estos o *autonomía de las partes*"(9). Si esto es así, no debería existir mayor discusión terminológica entre si un contrato tiene fuerza de ley o fuerza vinculante entre las partes como lo manifiesta Marcenaro, pues la primera expresión solo sería una variación del enunciado "el contrato es ley para las partes" y estaría orientado a hacer énfasis en el principio del "pacta sunt servanda" y la fuerza obligatoria de los contratos, más que a atribuirle el carácter de fuente primaria y equiparable a la ley a los convenios colectivos de trabajo.

(7) MARCENARO FRERS, Ricardo Arturo. *Los derechos laborales de rango constitucional*. Tesis para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho Constitucional, Lima, 2009, p. 113

(8) Esta interpretación es compartida entre otros por NEVES MUJICA, Javier. Ob. cit., p. 89.

(9) RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (director). *Derecho del Trabajo: Análisis doctrinal, normativo y jurisprudencial*. Tomo 3, Astrea, Buenos Aires, 2010, p. 95.

En coherencia con el carácter contractual de los convenios colectivos de trabajo, el reglamento de la ley de relaciones colectivas de trabajo aprobado mediante D.S. Nº 011-92-TR señala que la fuerza vinculante implica que en la convención colectiva las partes podrán establecer el alcance, las limitaciones o exclusiones que autónomamente acuerden con arreglo ley. Es decir, que el carácter obligatorio del convenio colectivo de trabajo radica, en primer lugar, en el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes contratantes y, por ende, a la libertad de estas para configurar el contenido y alcances de sus acuerdos dentro de las limitaciones que imponen el respecto a las normas imperativas y el orden público.

Como sucede en todo nuestro ordenamiento jurídico, la libertad de contratar y la libertad contractual, consagradas como derechos fundamentales en los artículos 2. 14 y 62 de la Constitución Política del Estado, no son derechos absolutos, por cuanto la autonomía de voluntad de las partes se encuentra limitada por un conjunto de normas imperativas que interesan al orden público, razón por la cual el artículo V del Título Preliminar del Código Civil ha establecido que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, disposición que concuerda con el artículo 1356 del Código Civil en cuanto establece que las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de voluntad de las partes, salvo que sean imperativas. Así también, el D.S. Nº 011-92-TR prevé la posibilidad de por las consideraciones previstas por el artículo 1355 del Código Civil[10], en concordancia con el artículo IX de su Título Preliminar[11] puedan establecerse reglas o limitaciones a los convenios colectivos de trabajo.

Si avanzamos en la lectura del D.S. Nº 011-92-TR podremos advertir que la legislación peruana ha acogido una división de las cláusulas que integran el convenio colectivo de trabajo en función de los efectos que dichas cláusulas puedan tener sobre los trabajadores que se encuentren comprendidos en el ámbito de aplicación material del referido convenio.

Así, el artículo 29 del reglamento prevé la existencia de tres tipos de cláusulas en un convenio colectivo de trabajo, las cláusulas denominadas obligacionales, que son aquellas que establecen derechos y deberes de naturaleza colectiva laboral entre las parte del convenio; las cláusulas delimitadoras que son aquellas destinadas a regular el ámbito y vigencia del convenio colectivo; y finalmente, las cláusulas normativas, que son aquellas que se incorporan automáticamente a los

(10) Artículo 1355.- La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos.

(11) Artículo IX.- Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza.

contratos individuales de trabajo y los que aseguran o protegen su cumplimiento. La ley peruana agrega, además, que durante su vigencia se interpretan como normas jurídicas. Analicemos ahora los alcances de este último tipo de cláusula.

2. El convenio colectivo de trabajo como norma[12]

A diferencia de un contrato civil, cuyas obligaciones solo producen efectos entre las partes que lo han suscrito, a través de un convenio colectivo de trabajo, las partes pueden generar obligaciones que no solo son aplicables a quienes suscriben el pacto, sino que se aplican en forma general a aquellas personas que puedan estar comprendidas en el ámbito de aplicación del convenio colectivo. Las cláusulas que contienen obligaciones normativas, son precisamente aquellas que cristalizan el principal efecto de un pacto colectivo, modificar de pleno derecho las relaciones contractuales individuales plasmadas en un contrato de trabajo.

Desde ya, no debe confundirse el efecto normativo de un convenio colectivo de trabajo con la figura jurídica del contrato en favor de tercero, pues este supone la obligación de una persona denominada promitente frente a otra persona denominada estipulante a cumplir una prestación en beneficio de tercera persona. A diferencia de esta figura contractual, el pacto colectivo supone el nacimiento de derechos y obligaciones en primer lugar entre las partes, y en segundo lugar y de pleno derecho respecto a los trabajadores en cuyo nombre se celebró dicho convenio, así como todos aquellos trabajadores que no habiendo participado ni en la negociación, ni en la conclusión del pacto colectivo, puedan encontrarse comprendidos dentro del ámbito de aplicación del mismo.

Rodríguez Mancini[13] señala que la distinción entre cláusulas normativas y obligacionales parte de una idea básica, los convenios colectivos solo son contratos para las organizaciones firmantes (obligaciones), mientras que para los individuos comprendidos son como leyes.

Esta clásica distinción respecto a los efectos normativos u obligacionales proviene tanto de la doctrina alemana como francesa. Así, Alonso Olea y Casas Baamonde, refiriéndose al Derecho español, señalan que "(...) es perfecta e íntegramente trasladable a nuestro Derecho de convenios colectivos, según doctrina unánime, la afirmación de la doctrina alemana de que la parte normativa del convenio colectivo no deviene contenido de las relaciones de trabajo correspondientes,

(12) Para un análisis pormenorizado de esta institución recomendamos revisar VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. "La eficacia jurídica de los convenios colectivos". En: *Temas Laborales*. Nº 76, Revista andaluza de trabajo y bienestar social, 2004, pp. 21-66.

(13) RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge. Ob. cit., p. 129.

sino que actúa en estas desde fuera, como una ley, de que el convenio colectivo es una fuente de Derecho Objetivo" (Hueck y Nipperdey; Hanau y Adomeit; Gamillscheg)"[14].

Los referidos autores agregan, además, que ante todo y sobre todo, el convenio colectivo es verdadera y propiamente una norma jurídica, pues así lo ha determinado el título III del Estatuto de los Trabajadores de España, específicamente el artículo 82[15].

Particularmente importante nos parece el artículo L132-4 del Código de Trabajo de Francia, que establece que "la convención o el acuerdo colectivo de trabajo pueden contener disposiciones más favorables a los asalariados que aquellas establecidas por leyes o reglamentos en vigor, mas no pueden derogar las disposiciones de orden público"[16].

Por su parte, De la Cueva indica que la Escuela Francesa ha señalado que las convenciones colectivas de trabajo se componen de cuatro elementos: a) las disposiciones accidentales, ocasionales o transitorias; b) un segundo elemento bautizado como la *envoltura protectora* que tiene como fin la aplicación del contrato colectivo; c) el tercer elemento sería lo que nosotros denominados la parte normativa del convenio, lo que Reynaud denominó núcleo del convenio y que se define como las condiciones de trabajo que regirán las prestaciones individuales de servicios; y finalmente; d) la parte obligacional que genera derechos y deberes entre las partes contratantes[17].

En el caso de nuestro país, la redacción del reglamento de la Ley de relaciones colectivas de trabajo es muy clara al señalar que las cláusulas normativas se interpretan, durante su vigencia, como normas jurídicas, en tanto que

(14) ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia. *Derecho del Trabajo.* 26ª ed., Civitas y Thomson Reuters, Madrid, 2009, p. 1106.

(15) Estatuto de los Trabajadores - España.

Artículo 82.- Concepto y eficacia

1.Los convenios colectivos, como resultado de la negociación desarrollada por los representantes de los trabajadores y de los empresarios, constituyen la expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva.

2.Mediante los convenios colectivos, y en su ámbito correspondiente, los trabajadores y empresarios regulan las condiciones de trabajo y de productividad; igualmente podrán regular la paz laboral a través de las obligaciones que se pacten.

3.Los Convenios colectivos regulados por esta ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia.

(16) *Code du Travail de France*. Editions Francis Lefebvre, Paris, 2007.

(17) DE LA CUEVA, Mario. *El nuevo Derecho mexicano del trabajo.* Tomo II, Editorial Porrúa, México, 2008, p. 422 y ss.

las cláusulas obligacionales y delimitadoras se interpretan según las reglas de los contratos[18].

Este carácter híbrido de los pactos colectivos no solo puede generar cierta incertidumbre respecto a cómo se interpretan determinadas cláusulas del pacto, sino que al mismo tiempo nos llevan a cuestionarnos sobre aspectos como su entrada en vigencia, su capacidad generadora de normas de naturaleza laboral, su procedimiento de impugnación y sobre todo la posibilidad de estar sujetos a un mecanismo de control de legalidad pero sobre todo de su constitucionalidad.

IV. EL CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO COMO FUENTE NORMATIVA DEL DERECHO DEL TRABAJO

Rubio Correa nos recuerda que "en su expresión más simplificada, fuente formal de Derecho es aquel procedimiento a través del cual se produce, válidamente, normas jurídicas que adquieren el rasgo de obligatoriedad propia del Derecho, y por lo tanto, la característica de ser impuestas legítimamente a las personas mediante los instrumentos de coacción del Estado"[19].

Por su parte, Neves Mujica señala que "para que un producto pueda considerarse fuente de derecho debe ser una norma". Enseguida, el referido autor nos indica que debemos identificar entonces qué distingue un producto normativo de otro no normativo. Para Neves, quien cita a Bobbio, mientras los productos normativos constituyen reglas generales y abstractas, es decir, universales en lo referente al destinatario y la acción; los no normativos forman decisiones particulares y concretas. El autor concluye señalando que esto es precisamente lo que diferencia a un contrato de una ley[20].

En este escenario, el convenio colectivo de trabajo se muestra como una fuente o al menos como un producto complejo del Derecho del Trabajo, pues, como ya hemos analizado, si bien el convenio colectivo de trabajo nace de la autonomía de la voluntad de las partes libremente expresada y, en consecuencia, genera en primer lugar, efectos solo para las personas que se obligaron en el mismo; resulta

(18) El artículo 168 del Código Civil dispone que el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe. Por su parte, el artículo 169 señala que las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas y finalmente el artículo 170 dispone que las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto.

(19) RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. 8ª ed., Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2000, p. 121.

(20) NEVES MUJICA, Javier. Ob. cit., p. 58.

que nuestra legislación también le atribuye efectos generales y abstractos, como son los efectos de toda norma jurídica y es más, señala expresamente que durante su vigencia, ciertas cláusulas se interpreten como normas jurídicas.

Como ya hemos referido, los convenios colectivos de trabajo despliegan dos clases de efectos, por un lado, son una fuente de obligaciones de origen contractual, pero por otro, su aplicación se hace extensiva a terceros ajenos a la relación contractual, pero que eventualmente podrían estar comprendidos en el ámbito de aplicación del convenio. Es por esta razón que Carnelutti, se refirió al convenio colectivo de trabajo como un híbrido con cuerpo de contrato y alma de ley(21).

Al referirse al carácter normativo del convenio colectivo de trabajo, Alonso Olea señala que "en cuanto fuente de Derecho Objetivo, qué duda cabe que el pacto colectivo tiene esta naturaleza, aun en el sentido más estricto; si el ordenamiento jurídico prevé expresa o implícitamente que las condiciones de[l] contrato de trabajo se regulen por lo establecido en un pacto colectivo, este queda elevado a la categoría de norma objetiva(22).

1. Rango y jerarquía normativa del convenio colectivo de trabajo

Respecto a la ordenación jerárquica de las normas, Rubio Correa señala que la forma de organizar el sistema legislativo jerarquiza en varios niveles las distintas normas jurídicas con principios de supraordenación que van señalando, en caso de conflicto en el mandato de dos normas, cuál debe primar en el orden jurídico(23).

Aceptado el carácter normativo del convenio colectivo de trabajo, es importante determinar qué escalón ocupa en esta pirámide legislativa. Neves, señala que al convenio colectivo de trabajo debe asignársele el nivel correspondiente a la autonomía de la voluntad, pero por encima del contrato individual de trabajo(24).

Si bien compartimos la posición adoptada por el autor, debemos recordar que los pactos colectivos podrían regular condiciones generales que no tomen en cuenta normas jurídicas con rango de ley. En efecto, en tanto y en cuanto la norma sea de carácter dispositiva y, por ende, supletoria de la autonomía de la voluntad, un convenio colectivo de trabajo podría dejarla de lado. Por el contrario, si la

(21) CARNELUTTI, Francesco. *Teoria del regolamento collecttivo dei rapporto di lavoro.* Padua, 1936, pp. 116-117.

(22) ALONSO OLEA, Manuel. *Pactos colectivos y contratos de grupo.* José Luis Moneréo Pérez (director), Comares, Granada, 2000, p. 69.

(23) RUBIO CORREA, Marcial. Ob. cit., p. 132.

(24) NEVES MUJICA, Javier. Ob. cit., p. 89.

norma es de carácter imperativo –como lo son la mayoría en el campo del derecho del trabajo y de la seguridad social– los pactos o convenios colectivos de trabajo solo pueden limitarse a pactar dentro de sus límites, pudiendo acordar mejores condiciones a las establecidas en la norma imperativa pero nunca inferiores[25]. Lo que está claro es que bajo ninguna circunstancia un convenio colectivo de trabajo puede exceder los límites impuestos por el orden público constitucional a través de la norma fundamental del Estado.

2. La vigencia de un convenio colectivo de trabajo

La entrada en vigencia de un pacto colectivo depende de la voluntad de las partes, no obstante, el artículo 43 del TUO de la ley de relaciones colectivas de trabajo señala que la convención colectiva de trabajo es obligatoria y rige desde el día siguiente de la caducidad de la convención anterior; o si no la hubiera, desde la fecha de presentación del pliego. En forma adicional, si bien la propia norma establece que la vigencia del pacto colectivo es determinada por el acuerdo entre las partes, continúa rigiendo mientras no sea modificada por una convención colectiva posterior.

En nuestro país, ni la validez, ni la vigencia de un convenio colectivo de trabajo es determinada a través de un procedimiento administrativo de aprobación previa. Pese a que el convenio tiene efectos generales, no existe e una ley o mandato constitucional, que haga depender la vigencia del convenio de algún procedimiento administrativo de aprobación[26].

3. La publicidad del convenio colectivo de trabajo

El contrato tiene efectos entre las partes que lo han suscrito y solo es obligatorio para ellas. La publicidad no es un elemento esencial para la validez de aquel, a diferencia de lo que sucede con una norma jurídica, pues el artículo 51 de la Constitución señala que la publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

---

(25) Sobre este aspecto nos parece interesante citar el caso de Bélgica, donde a través de convenios colectivos de trabajo de alcance nacional y concluidos en el seno del "Conseil National du Travail", se regulan una serie de aspectos normativos del derecho social. Para poder revisar un listado completo convenios colectivos de trabajo de alcance nacional, consultar <http://www.cnt.be/>.

(26) Recordemos, sin embargo, que esto no siempre fue así. Por ejemplo la Resolución Suprema del 17 de agosto de 1949 señalaba que los empleadores y empresarios estaban obligados a llevar un Libro de Registro de los Reglamentos, Pactos y Contratos de Trabajo que rijan en sus respectivos centros de trabajo. De la misma forma, la Resolución Suprema del 8 de febrero de 1950 consideró que la autorización y refrendación de los contratos de trabajo a los que hacía referencia la Resolución Suprema del 27 de octubre de 1936 comprendía también los pactos o convenios colectivos celebrados sin la intervención de las autoridades de trabajo.

Sin embargo, en algunos casos el convenio colectivo de trabajo sí necesita ser publicado. Así, la Resolución Ministerial Nº 290-2005-TR, modificada por la Resolución Ministerial Nº 314-2006-TR ha establecido que los convenios colectivos, u otros instrumentos que resuelvan negociaciones colectivas a nivel de rama de actividad o de gremio, serán publicados en el diario oficial *El Peruano* y en la página web del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo dentro de los 10 días hábiles siguientes a su recepción. Cabe agregar, que Sala Franco[27], refiriéndose al Derecho español, donde los convenios colectivos se publican en el Boletín Oficial del Estado (BOE) considera al principio de publicidad como uno de los elementos que permite reafirmar el carácter normativo de los convenios colectivos.

4. La interpretación del convenio colectivo de trabajo y la posibilidad de promover un recurso de casación en contra de este

Como ya hemos referido en varias oportunidades, el convenio colectivo de trabajo está compuesto de obligaciones de origen contractual, pero que en sus efectos pueden ser aplicables bien a las partes contratantes solamente, o bien a los trabajadores en cuyo nombre se celebró el pacto colectivo. En tanto nuestra legislación laboral señala que las cláusulas obligatorias se interpretan de acuerdo a las reglas de los contratos y las cláusulas normativas se interpretan durante su vigencia como normas jurídicas, merece analizar si la interpretación de los aspectos normativos de un convenio colectivo, podrían ser objeto de un recurso de casación.

En nuestro entender la respuesta es positiva. Recordemos que el artículo 34 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (en adelante, NLPT) establece que el recurso de casación se sustenta en la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o en el apartamiento de los precedente vinculantes dictados por el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema de la República.

Nada impide que en el marco y desarrollo de un proceso ordinario laboral, los puntos materia de juicio se encuentren orientados a que el juez determine la interpretación correcta y de adecuada del convenio colectivo de trabajo; y claro está, si es que una de las partes considera que existe una infracción normativa sustentada en la inaplicación, aplicación indebida o interpretación errónea de un convenio colectivo de trabajo, podría darse que la Corte Suprema en

(27) SALA FRANCO, Tomás. *Derecho Sindical.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 268.

sede casatoria, y cumpliendo con su función nomofiláctica[28], determine la interpretación correcta del referido convenio. Es más, la Corte Suprema ya ha venido analizando en sede casatoria, la interpretación de determinados convenio colectivos de trabajo como en la Cas. Lab. Nº 6874-2012-La Libertad de fecha 8 de abril de 2013.

La posibilidad de que pueda existir una infracción normativa en la aplicación de un convenio colectivo, susceptible de ser impugnada a través de un Recurso de Casación, termina de reforzar la idea de que estamos frente a una verdadera norma jurídica y no simplemente frente a un contrato.

V. EL CONTROL DE LA LEGALIDAD DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS DE TRABAJO

Tal como lo afirma Sáez Lara[29], el convenio colectivo al igual que todas las normas y todos los actos jurídicos ha de estar sometido a un necesario control judicial. Refiere la autora, que el fundamento del control judicial del convenio colectivo no es otro que el propio Estado de Derecho, por lo que la afirmación de la necesidad del mismo resulta indubitada.

Lamentablemente, ni la derogada Ley Nº 26636 - Ley Procesal del Trabajo, ni la Ley Nº 29497 - NLPT prevén una pretensión específica destinada a cuestionar e impugnar la validez de un convenio colectivo de trabajo; sin embargo, sí se ha establecido una vía procedimental específica a través del proceso de impugnación de laudos arbitrales económicos, para poder impugnar un laudo arbitral que haga las veces de un convenio colectivo de trabajo. Particularmente consideramos que el legislador procesal debió prever como una pretensión nominada del proceso laboral, la posibilidad de impugnar judicialmente la validez de un convenio colectivo de trabajo.

Ahora bien, la omisión legislativa no puede llevarnos a pensar que cuestionar la validez de un convenio colectivo de trabajo no es posible. Todo lo contrario,

(28) Tradicionalmente se ha señalado que el recurso de casación tiene una finalidad nomofiláctica. En efecto, el recurso de casación no tiene por objeto el reexamen de las cuestiones fácticas que dieron origen a determinado fallo, pues en su concepción clásica, la finalidad del recurso de casación es la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo (función nomofiláctica). Ésta es la posición que tradicionalmente ha defendido también la Corte Suprema en la Cas. Nº 1204-2006-Lima y la Cas. Nº 2370-2006-Loreto donde la Corte Suprema estableció que el recurso de casación es un medio impugnatorio extraordinario que tiene por finalidad esencial la correcta aplicación del derecho objetivo, de acuerdo a las causales establecidas en el artículo 56 de la Ley Nº 26636 (Ley Procesal del Trabajo).

(29) SÁEZ LARA, Carmen. "El control de legalidad del convenio colectivo". En: *Temas Laborales*. Nº 76, Revista andaluza de trabajo y bienestar social, 2004, pp. 369-394.

por un lado en tanto contrato, puede adolecer de causales que afecten su eficacia estructural como son las causales de nulidad y anulabilidad del acto jurídico previstas en los artículos 219 y 221 del Código Civil[30]. A estas habría que agregar una especialmente delicada para el Derecho del Trabajo, como es la nulidad prevista en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, pues si el convenio colectivo contraviene las normas de orden público, y en especial aquellas que regulan el Derecho del Trabajo y de la seguridad social, el convenio colectivo de trabajo será nulo de pleno derecho, situación que deberá ser declarada por el juez de trabajo en el proceso laboral.

No obstante, ¿cómo debe ejercerse el control del convenio colectivo de trabajo en tanto norma jurídica? Analicemos la situación.

VI. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS DE TRABAJO

1. El control constitucional difuso de convenios colectivos de trabajo

El fundamento y justificación del control constitucional se encuentra en la teoría de la supremacía normativa de la Constitución Política del Estado. Tal como lo ha señalado el TC en la STC recaída en el Exp. Nº 05854-2005-PA/TC (caso Lizana Puelles), la supremacía normativa de la Constitución de 1993 se encuentra recogida en sus dos vertientes: tanto aquella objetiva, conforme a la cual la Constitución preside el ordenamiento jurídico (art. 51[31]), como aquella subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos (art. 45[32]) o de la colectividad en general (art. 38[33]) puede vulnerarla válidamente. Recordando además, que tal como lo ha señalado también el TC en la STC recaída en el Exp. Nº 0005-2003-AI/TC, la normatividad sistémica del orden jurídico descansa en los siguientes principios: la coherencia normativa y el principio de la jerarquía de las normas.

---

(30) Utilizamos en esta parte la teoría de la ineficacia estructural del acto jurídico desarrollada por TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Nulidad del Acto jurídico*. 2ª ed., Grijley, Lima, 2002.

(31) Artículo 51.- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

(32) Artículo 45.- El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen.

Ninguna persona, organización, Fuerza Armada, Policía Nacional o sector de la población puede arrogarse el ejercicio de ese poder. Hacerlo constituye rebelión o sedición.

(33) Artículo 38.- Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.

Por su parte, el artículo IV del Título Preliminar de la NLPT señala expresamente que los jueces laborales, imparten justicia con arreglo a la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley. Interpretan y aplican toda norma jurídica, incluyendo los convenios colectivos, según los principios y preceptos constitucionales, así como los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de la República(34). Al comentar este artículo Priori Posada señala que el mismo replica el poder-deber, propio de la función jurisdiccional ordinaria, de ejercer control difuso en la interpretación de una norma legal que infrinja valores, principios y derechos de rango constitucional(35).

La Constitución Política del Estado ha previsto la existencia de dos mecanismos de defensa de la supremacía de la Constitución. El primero, denominado control constitucional concentrado, es ejercido exclusivamente por el TC, de acuerdo a las facultades conferidas por el artículo 202 del texto constitucional. Se trata de un control abstracto y que se realiza a través del proceso de inconstitucionalidad primordialmente(36).

En forma paralela, nuestra Constitución establece un imperativo a los jueces de la República, y en general a todos aquellos que ejercen función jurisdiccional como los árbitros y el Jurado Nacional de Elecciones, de disponer la inaplicación de una norma jurídica cuando consideren que la misma sea manifiestamente incompatible con la Constitución. Este poder, deber contenido en el artículo 138 de la Constitución señala expresamente que en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango

(34) En el mismo sentido, el artículo Vl del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece que cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución. Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular. Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

(35) PRIORI POSADA, Giovanni. *Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo.* ARA Editores, Lima, 2011, p. 51 y ss.

(36) Consideramos, que el control concentrado también puede ser ejercido por el Poder Judicial a través del proceso de acción popular previsto en el numeral 5) del artículo 200 de la Constitución en cuanto establece que la Acción Popular procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen, recordando además que de acuerdo al artículo 85 del Código Procesal Constitucional, el Poder Judicial tiene competencia exclusiva para conocer este tipo de proceso constitucional de control concentrado.

inferior. A diferencia del control concentrado, aquí nos encontramos frente a un sistema de control constitucional difuso.

En consecuencia, consideramos que uno de los deberes primordiales del juez de trabajo, no solo debe limitarse a verificar la legalidad de un convenio colectivo de trabajo –principalmente respecto a su contenido normativo– sino que al encontrarnos frente a una verdadera norma jurídica, resulta fundamental y un imperativo constitucional, que los convenios colectivos de trabajo estén sujetos a un esquema de control que compatibilice su contenido con la Constitución Política del Estado, más aún, tomando en cuenta que el derecho del trabajo y de la seguridad social son una construcción constitucional fundada en un conjunto de derechos fundamentales cuyo contenido esencial deber ser salvaguardo por los jueces y árbitros. Nos encontramos, como manifiesta Häberle, frente a una verdadera "teoría constitucional del trabajo"[37].

Pero ¿cómo y en qué circunstancias un juez de trabajo debe aplicar control constitucional difuso respecto a un convenio colectivo de trabajo? En la STC recaída en el Exp. Nº 01680-2005-PA/TC (caso Borja Urbano) el TC precisó los presupuestos para la aplicación del control difuso, presupuestos que deben ser tomados en cuenta para que un juez de trabajo disponga la inaplicabilidad de un convenio colectivo de trabajo al ser incompatible con la Constitución:

a) En primer lugar, el control difuso debe darse en el marco de un proceso laboral. Tal como afirma el TC, el ejercicio de esta competencia no es abstracta, consultiva y mucho menos hipotética.

b) En segundo lugar, todo juez de trabajo que pretenda inaplicar una parte o todo un convenio colectivo de trabajo, deberá practicar previamente un juicio de relevancia. Es decir, que deberá llegar al convencimiento de que solo puede inaplicar la o las cláusulas normativas de un convenio colectivo de trabajo, cuando de esta inaplicabilidad dependa la solución del caso. Este aspecto además fue ratificado por el TC en la STC recaída en el Exp. Nº 00142-2011-PA/TC (caso Minera de Responsabilidad Limitada María Julia) respecto a la posibilidad de que los árbitros puedan aplicar control constitucional difuso.

c) En tercer lugar, el juez solo deberá disponer la inaplicación de las cláusulas normativas de un convenio colectivo de trabajo, en caso

(37) HÄBERLE, Peter. "El Estado constitucional". En: *Serie Doctrina Jurídica*. Nº 47, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001, p. 253 y ss.

considere que la aplicación de una cláusula normativa incompatible con la Constitución puede causar agravio directo a una de las partes del proceso judicial.

d) Finalmente, un juez de trabajo no podrá inaplicar las cláusulas normativas de un convenio colectivo de trabajo que considere incompatible con la Constitución, si es que el Tribunal Constitucional ya se pronunció sobre la constitucionalidad de la ley en la que la cláusula normativa haya su sustento.

2. El proceso constitucional de amparo contra convenios colectivos de trabajo

Un tema final que queremos desarrollar es el relacionado a la posibilidad de plantear un proceso constitucional de amparo en contra de un convenio colectivo de trabajo, cuando alguna de sus cláusulas normativas contravengan frontalmente el contenido esencial de los derechos fundamentales laborales y de seguridad social consagrados en la Constitución Política del Estado(38).

El artículo 200 de la Constitución Política del Estado establece que la acción de amparo no procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular. En este sentido, el artículo 3 del Código Procesal Constitucional, garantiza la posibilidad de promover un proceso constitucional de amparo en contra de una norma legal, siempre y cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma autoaplicativa incompatible con la Constitución. De acuerdo a la STC recaída en el Exp. Nº 04677-2004-PA/TC (caso Confederación General de Trabajadores del Perú), una norma autoaplicativa es aquella cuya aplicabilidad, una vez que ha entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada.

En esta línea, en caso un convenio colectivo de trabajo, una vez que entró en vigencia, amenace o viole algún derecho fundamental de las partes, y especialmente los derechos fundamentales laborales y de seguridad social, cualquiera de ellas que se considere afectada, podría a través de este proceso solicitar al juez de trabajo la inaplicabilidad a un caso concreto y específico de los aspectos normativos del convenio colectivo de trabajo, en cuyo caso el juez de trabajo deberá ordenar la inaplicación de las cláusulas normativas del convenio por incompatibilidad constitucional, velando siempre por el respeto del contenido esencial

(38) Sobre el concepto de contenido esencial de los derechos fundamentales, recomendamos revisar la STC recaída en el Exp. Nº 01417-2005-PA/TC (caso Anicama Hernández).

de los derechos fundamentales de orden laboral y de seguridad social, y su respeto irrestricto al adoptarse las cláusulas normativas en un convenio o pacto colectivo de trabajo.

El convenio colectivo de trabajo es una fuente normativa que requiere un cuidadoso análisis de compatibilidad constitucional, tomando en cuenta que las materias que desarrolla parten del respeto al contenido esencial del derecho al trabajo y de la seguridad social consagrado en la Constitución Política del Estado, por lo que el control constitucional de sus disposiciones normativas se convierte en un elemento esencial de validez y viabilidad de los mismos y un imperativo de los jueces de trabajo en su rol de juez constitucional.

VII. CONCLUSIONES

1. El convenio colectivo de trabajo es la fuente normativa más importante del Derecho del Trabajo, en tanto expresa el carácter concertado de las normas sociales al ser el producto de una negociación colectiva libre y voluntaria.

2. En tanto fuente del Derecho del Trabajo, el convenio colectivo genera efectos para las partes que lo han suscrito (carácter obligatorio), pero también para las partes en cuyo nombre se celebró el convenio, así como todos los trabajadores que pudiesen encontrarse en el ámbito de aplicación del mismo (carácter normativo).

3. Por sus alcances generales, el convenio colectivo de trabajo puede ser considerado como una verdadera norma jurídica, y como tal debe guardar absoluta compatibilidad con la Constitución Política del Estado.

4. La validez de un convenio colectivo de trabajo puede ser controlada a través del Poder Judicial, no obstante es necesario regular la posibilidad de controlar constitucionalmente el convenio colectivo de trabajo, al menos en su parte normativa.

5. Consideramos que en tanto norma, el convenio colectivo debe estar sujeto al control constitucional del juez de trabajo, quien debe inaplicar cualquier disposición del mismo que considere contraria a los derechos fundamentales laborales y de seguridad social.

6. En el mismo sentido, consideramos viable la posibilidad de promover un proceso constitucional de amparo en contra de un convenio colectivo de trabajo, en los casos que una de las partes considere que su aplicación

vulnera o amenaza un derecho fundamental de naturaleza laboral o de seguridad social.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALONSO OLEA, Manuel. *Pactos colectivos y contratos de Grupo*. Moneréo Pérez, José Luis (director), Comares, Granada, 2000.
2. ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia. *Derecho del Trabajo*. 26ª ed., Civitas y Thomson Reuters. Madrid. 2009.
3. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria del regolamento collecttivo dei rapporto di lavoro*, Padua, 1936.
4. DE LA CUEVA, Mario. *El nuevo Derecho mexicano del Trabajo*. Tomo II, Editorial Porrúa, México, 2008.
5. GERNIGON, ODERO y GUIDO. *La Negociación Colectiva: Normas de la OIT y principios de los órganos de control*. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2000.
6. HÄBERLE, Peter. "El Estado constitucional". En: *Serie Doctrina Jurídica.* Nº 47, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001.
7. MARCENARO FRERS, Ricardo Arturo. *Los derechos laborales de rango xonstitucional*. Tesis para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho Constitucional, Lima, 2009.
8. NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. 1ª ed., Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2009.
9. PRIORI POSADA, Giovanni. *Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. ARA Editores, Lima, 2011.
10. RAMÍREZ OTÁROLA, Jorge. *Codificación de la legislación del trabajo y previsión social del Perú*. 2ª ed., Biblioteca Nacional del Perú. Fondo San Martín, Lima, 1963.
11. RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (director). *Derecho del Trabajo: Análisis doctrinal, normativo y jurisprudencial*. Tomo 3, Astrea, Buenos Aires, 2010.
12. RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. 8ª ed., Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2000, p. 121.
13. SÁEZ LARA, Carmen. "El control de legalidad del convenio colectivo". En: *Temas Laborales*. Nº 76, Revista Andaluza de trabajo y bienestar social, 2004.
14. SALA FRANCO, Tomás. *Derecho Sindical*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
15. TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Nulidad del Acto jurídico*. 2ª ed., Grijley, Lima, 2002.
16. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *El control de la legalidad de los convenios colectivos*. ARA Editores, Lima, 1997.
17. VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. "La eficacia jurídica de los convenios colectivos". En: *Temas Laborales*. Nº 76, Revista andaluza de trabajo y bienestar social, 2004.

CRÍTICA DE LA FUNCIÓN SUPLETORIA DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA EN LA DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS EN EL MARCO DE ARBITRAJES COLECTIVOS LABORALES

Luis Mendoza Legoas[1]

En el Derecho Comparado, las tipologías con las cuales se definen a las modalidades de arbitraje son variadas: arbitraje de derecho y arbitraje de equidad o consciencia (según si el tribunal arbitral resuelve con sujeción al derecho vigente o si, bajo parámetros más flexibles, resuelve según su leal saber y entender); arbitraje institucional y arbitraje *ad hoc* (según si es que las partes encargan a una institución la conformación del árbitro y administración del procedimiento, o bien, sea que las propias partes designen en forma directa o indirecta a los árbitros, sin que hayan reglas predeterminadas). También es posible que, en atención a la forma en que las partes de un conflicto se ven involucradas en un arbitraje, se distinga entre tres modalidades de arbitraje: voluntario, unilateral o potestativo y obligatorio. Esta última es una clasificación típica en el Derecho del Trabajo peruano.

En este estudio ofrecemos una reflexión en torno a una de las formas de intervención de la autoridad administrativa de trabajo dentro de las relaciones laborales peruanas. Tal intervención se circunscribe a uno de los actos preparatorios para la conformación del órgano arbitral que conocerá el arbitraje colectivo laboral y, por definición, solamente es posible cuando los llamados a efectuar la

(1) Abogado laboralista. Actualmente, director encargado de la Dirección de Promoción y Protección de los Derechos Fundamentales Laborales del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Debe precisarse que las opiniones vertidas en este artículo corresponden únicamente a la posición del autor frente al tema estudiado y no comprometen en forma alguna a la de la institución para la cual trabaja.

designación de un árbitro omitan cumplir con dicha obligación. Visto ese límite funcional, pareciera que se tratase de una cuestión más bien menor, carente de la relevancia e impacto que tienen otras formas de intervención de la autoridad administrativa, que –en definitiva– son más intensas sobre las relaciones laborales. Sin embargo, al día de hoy, este es uno de los tópicos más comentados tanto en fuentes académicas como en medios de comunicación masivos(2).

Abordaremos este tema a partir de una explicación de la relación existente entre la función supletoria de designación de árbitros por parte del Estado y el mandato constitucional de promoción de formas de solución pacífica de conflictos laborales. A partir de esa relación haremos una lectura del rol suplente que en nuestro país tiene la autoridad administrativa de trabajo para efectuar designaciones de árbitros, una actuación cuyas características –adelantamos aquí– son la suplencia, excepcionalidad e inimpugnabilidad.

Nos proponemos realizar esta reflexión siguiendo el siguiente camino: expondremos las razones por las cuales consideramos que el acto de designación de árbitros por el Estado no es parte esencial de una definición de arbitraje colectivo laboral. Por esa razón, esa actuación pública no es asimilable a los actos de *intervencionismo*, pues no supone la constricción de la autonomía colectiva de las partes de un conflicto laboral. Una vez sentado esto, formularemos dos críticas puntuales al esquema diseñado legalmente para efectuar estos actos de designación, arribando a un balance ponderado de este asunto.

I. EL ARBITRAJE COLECTIVO LABORAL COMO CATEGORÍA JURÍDICA

1. Elementos esenciales de una definición de arbitraje colectivo laboral

Tomando como punto de partida al hecho de que el Derecho peruano regula al procedimiento de arbitraje en forma supletoria, existen algunos aspectos a ser considerados dentro de la categoría "arbitraje colectivo laboral" que pueden ayudar a comprender el alcance de esta institución jurídica. De hecho, a partir de

(2) La mayor porción de la atención de la doctrina se ha dirigido al arbitraje potestativo como mecanismo de solución de conflictos, sin que existan demasiados pronunciamientos en torno a los supuestos de designación de árbitros por la autoridad administrativa. En todo caso, pueden referirse aquí declaraciones vertidas en medios de comunicación masivos. En sentido crítico: UGAZ, Mauro. "OIT: el arbitraje laboral entre la empresa y el sindicato debería ser voluntario" (entrevista). En: *Gestión*. Edición electrónica, véase <http://gestion.pe/movil/noticia/2062951>. Por otro lado, a favor de tal mecanismo de designación: GAMERO, Julio. "Arbitraje potestativo y equidad en las relaciones laborales". En: *La Primera*. Edición del día lunes 27 de mayo de 2013, Sección economía, p. 12.

una definición que considere los componentes esenciales de una posible definición del arbitraje colectivo laboral –incluyendo a sus tres especies– encontramos a los siguientes elementos:

CUADRO Nº 1

HACIA UNA DEFINICIÓN DE ARBITRAJE COLECTIVO LABORAL

Modalidades de arbitraje colectivo laboral	¿Qué tipo de conflictos resuelve?	¿Cuál es la fuente del arbitraje?	¿Cuál es el órgano arbitral?
Arbitraje voluntario	- Conflictos económicos sobre la negociación colectiva o la determinación de su nivel o contenido	Pública - privada (bilateral)	- Árbitro unipersonal; o - Tribunal arbitral
Arbitraje potestativo	1. Tan solo un aspecto jurídico (la procedencia del arbitraje interpuesto) 2. De resultar procedente, los conflictos económicos relacionados con la negociación colectiva o la determinación de su nivel o contenido	Pública - privada (unilateral)	- Tribunal arbitral
Arbitraje obligatorio	- Conflictos económicos relacionados con la negociación colectiva o la determinación de su nivel o contenido	Pública	- Árbitro obligatorio (el Estado)
Definición común de arbitraje colectivo laboral	A) Principalmente, resuelve conflictos de carácter económico	B) La fuente del arbitraje colectivo es pública y privada, salvo el arbitraje obligatorio, donde solo se puede hablar de fuente pública.	C) La composición del órgano arbitral está determinada por la legislación

Este cuadro no descarta al hecho de que es posible identificar elementos comunes de las tres modalidades de arbitraje. Por ejemplo, el hecho de que son siempre mecanismos que tienen una relación de alternatividad con respecto al ejercicio del derecho constitucional de huelga (al establecerse el arbitraje colectivo laboral no puede haber pendencia de una medida de fuerza). Otro ejemplo es la revisión judicial de la pretendida nulidad del laudo. Sin embargo, estos vienen a ser aspectos *no esenciales*, que tan solo caracterizan al procedimiento o al laudo, mas no al mecanismo en sí mismo.

Antes de avanzar en la línea discursiva de este trabajo, es preciso pasar revista a los elementos esenciales del concepto legal de arbitraje colectivo. Así, para empezar contrastaremos esta noción con la idea clásica de arbitraje laboral. La doctrina laboralista ha identificado a este tipo de arbitraje como un "arbitraje de equidad", en atención de los efectos que produce el mecanismo al resolver las pretenciones negociales de uno y otro sujeto colectivo. El profesor Blancas sostiene que el conflicto colectivo laboral "(...) no puede resolverse mediante la aplicación o interpretación de una norma preexistente al mismo"[3].

Sin embargo, esta referencia a la equidad en el arbitraje colectivo laboral no es suficiente para explicar al mecanismo del arbitraje unilateralmente interpuesto (potestativo), que bien podría prescindir de la aplicación del *juicio de equidad* cuando el procedimiento se agote mediante un *juicio de derecho* que resuelva la improcedencia del mecanismo arbitralmente interpuesto.

Aunque la resolución de improcedencia del arbitraje suponga para algunos –usualmente desde tesis voluntaristas sobre el arbitraje colectivo laboral– la confirmación de que no existe arbitraje, la ruptura del *iter* del mecanismo tras una interposición infructuosa es producida por un tribunal arbitral jurídicamente capaz de resolver la procedencia o la improcedencia del mecanismo confirma, precisamente, su existencia. La *constitución del tribunal arbitral* determina la existencia del arbitraje y, aunque parezca obvio decirlo, confirma su existencia.

En rigor, dentro de las modalidades donde puede existir un tribunal arbitral o árbitro único designado, se tiene que el hito que marca el nacimiento del mecanismo puede encontrarse en distintos momentos del referido *iter*:

a) En el caso del arbitraje voluntario, desde el momento acordado por las partes. Si no hay acuerdo, rige una regla supletoria que prevé a la fecha de la recepción de la solicitud de sometimiento de una controversia al mecanismo arbitral como fecha de inicio del arbitraje (art. 33 del Decreto Legislativo Nº 1071, decreto legislativo que norma el arbitraje).

b) En el caso del arbitraje potestativo, desde que todos los árbitros son designados para cumplir con la función constitucional de dirimir la controversia. El arbitraje se rige por principios y derechos de la función jurisdiccional –artículo 139 de la Constitución– atribuyéndosele

(3) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *La naturaleza del arbitraje en la negociación colectiva*. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. <http://www.trabajo.gob.pe> (03/02/2012).

> al procedimiento arbitral la independencia y la observancia del debido proceso y la motivación de sus resoluciones (tercer y quinto inciso del referido artículo constitucional). Esta función solamente puede ser efectuada por el tribunal arbitral válidamente designado, de lo que se deriva que hay arbitraje desde ese momento.

Por cuanto antecede, podemos afirmar que el arbitraje colectivo laboral en el Perú está caracterizado por la búsqueda de un juicio de *equidad* emitido por un tribunal arbitral, pero que, en la modalidad potestativa, admite además un juicio de procedencia jurídica. Por lo tanto, descartamos referirnos en este trabajo al arbitraje colectivo laboral como "de equidad". Por ello, solamente nos quedaremos con los componentes "A" y "B" del Cuadro Nº 1 (*vid supra*) como aspectos esenciales de la definición de arbitraje colectivo laboral.

2. La actuación del Estado como elemento no esencial en la definición de la naturaleza jurídica del arbitraje colectivo laboral

Un importante corolario de las constataciones que estamos efectuando es que la función que el Estado desempeña en la designación de árbitros no es parte esencial de los componentes de la definición del arbitraje colectivo laboral. En efecto, en el Cuadro Nº 1 (*vide supra*) se aprecia que el componente "C" de la definición ("La composición del tribunal arbitral está determinada por la legislación") es una derivación del componente "B" de la misma, que refiere a la fuente pública y privada del arbitraje colectivo laboral, afirmación que bien sigue la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional(4).

Ni siquiera la forma en que se opera la designación de árbitros es parte de dicha definición, pues en realidad la forma en que aquello se concreta es más bien una derivación de un aspecto que hemos identificado como esencial: la naturaleza pública del arbitraje colectivo laboral. Su fuente es heterónoma y descansa en la ley, que prevé la solución acordada mediante arbitraje (voluntario, cuando la autonomía de los sujetos colectivos también reclama su lugar como fuente mediante el acuerdo arbitral) o bien prevé la interpretación unilateral (arbitraje potestativo).

Es consecuencia de que la fuente del arbitraje colectivo laboral sea heterónoma el hecho de que la legislación (laboral y arbitral) ofrezca a las partes una

(4) Desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional, todo tipo de arbitraje debe ser concebido desde un enfoque iuspublicista pues ellos "forma[n] parte esencial del orden público constitucional". Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 28 de febrero de 2006, recaída en el Exp. N 6167-2015-HC/TC, f. j. 11.

reglamentación supletoria heterónoma (que bien puede sustituir al convenio arbitral que en el arbitraje voluntario constituye al procedimiento y lo reglamenta). En caso de que las partes del arbitraje voluntario o potestativo no acuerden algo distinto, e incluso cuando el Estado asume la posición de árbitro obligatorio, resultarán supletoriamente aplicables las normas sobre procedimiento contempladas en la LRCT y el Reglamento de la LRCT, el Decreto Supremo Nº 011-92-TR (en adelante: Reglamento de la LRCT). En dichas normas se regulan aspectos fundamentales como la forma en que se compondrá el órgano arbitral –árbitro unipersonal, tribunal arbitral, en los casos donde resulten aplicables estas figuras– hasta aspectos accesorios como la forma en que se pagarían los honorarios de los árbitros (en las modalidades voluntaria y potestativa) si tampoco se lograse un acuerdo en dicho extremo. En caso de cualquier vacío, resulta aplicable como norma supletoria el Decreto Legislativo Nº 1071, "Decreto Legislativo que norma el arbitraje", donde se contemplan aspectos importantes como el procedimiento de recusación de árbitros, por ejemplo.

Sin duda, la existencia de reglas supletorias que efectivizan al arbitraje son muy importantes para el inicio del procedimiento, teniendo en cuenta que el arbitraje colectivo laboral suele aplicarse a relaciones que, de suyo, son conflictivas. Y el antagonismo entre los sujetos colectivos suele ser más explícito en los arbitrajes potestativos que en los voluntarios. De ese modo, las normas supletorias pueden bien complementar –cuando exista– al acuerdo privado denominado "convenio arbitral" o "compromiso arbitral" (según la terminología empleada por el Decreto Legislativo Nº 1071, y por el Decreto Supremo Nº 011-92-TR, Reglamento de la LRCT) en un aspecto no previsto, o inclusive permitiría prescindir en absoluto de dicho acuerdo sin que ello impida la existencia del procedimiento arbitral.

Si no existiera una reglamentación supletoriamente aplicable, de nada serviría que ambas partes pudieran llegar a un acuerdo para resolver su conflicto mediante arbitraje, pues bastaría que una de ellas cambie de parecer y mediante propios actos desdiga la voluntad de que el conflicto económico se solucione. Nuevamente, esta observación es menos matizada en el escenario del arbitraje potestativo, donde el hecho de que una de las partes tenga la prerrogativa de atraer a su contraparte a la instancia arbitral requiere como condición de efectividad a estas reglas supletorias. De lo contrario, el procedimiento se entramparía en una anomia que convertiría al arbitraje potestativo en inútil. De hecho, la doctrina ha dado cuenta ya una vez el arbitraje potestativo perdió eficacia en el Perú (requisito indispensable para la validez de cualquier mecanismo

procesal) debido a que "(...) un importante número de solicitudes de arbitraje presentados por los trabajadores no [lograban] arribar a la suscripción del compromiso arbitral (...)"[5].

Así, en rigor, la acción de designación de los árbitros termina definiéndose como una *de auxilio* para la efectividad del arbitraje que se deriva del componente público que se haya en la fuente del arbitraje colectivo laboral en el Perú. Esta constatación nos permitirá establecer con claridad el lugar no esencial que corresponde a la crítica de la designación de árbitros, que no debe confundirse con una crítica al arbitraje en general, o en la crítica a alguna de sus modalidades en particular.

II. EL ARBITRAJE Y LOS NIVELES DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL FRENTE A LA CONFLICTIVIDAD LABORAL

Partiendo del hecho de que la intervención estatal en las relaciones colectivas de trabajo es un hecho social, dada su necesidad, se pueden apreciar distintos niveles de ella: desde la abstención con repecto a ciertos aspectos de la materia colectiva, pasando por la intervención reguladora que permite a la autoridad administrativa comportarse como un tercero que registra actos como la constitución de sindicatos, los convenios colectivos de trabajo, etcétera. Sin embargo, es posible también que la actuación del Estado se transforme en *intervencionismo*, con una clara impronta negativa, pues en teoría la intervención del Estado es preferible en el ámbito individual de las relaciones laborales. Así, se ha dicho que "la intervención del Estado en las relaciones colectivas, lejos de favorecer la acción gremial, la perturba y entorpece al limitar insensiblemente el espacio para la negociación colectiva y para la acción directa, que son los instrumentos con los que el sindicato obtiene mayor poder"[6].

Parece pacífico afirmar que el Decreto Supremo Nº 010-2003-TR, Texto Único de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo –en adelante, LRCT– plantea un nivel de intervención estatal que reduce gravemente el ámbito de la autonomía colectiva –pues muchos aspectos están reglamentados desproporcionadamente en la ley– lo que resulta particularmente evidenciado en la negociación colectiva. Ante ese panorama, con una legislación hiperdesarrollada en materia colectiva

(5) BOZA, Guillermo y CANESSA, Miguel. "Relaciones colectivas de trabajo: entre la flexibilidad y el intervencionismo estatal". En: *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú*. OIT, Lima, 2000, p. 222.

(6) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "Los niveles de intervención". En: *La negociación colectiva en América Latina*. O. Ermida y A. Ojeda (editores), Trotta, Madrid, 1993, p. 140.

–y claramente desfavorable a la negociación en ámbitos superiores al de la empresa– los sujetos colectivos han asumido distintos papeles, lo que es evidente al revisarse las estadísticas de la negociación colectiva en el Perú desde la década de 1990 hasta la actual.

Por motivos económicos, sociales e históricos la negociación colectiva es el mecanismo que estadísticamente se muestra como el más utilizado para la solución de conflictos colectivos en el Perú. De acuerdo con la información publicada en los anuarios estadísticos del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, puede observarse el papel residual que en un plano general tiene el arbitraje en las negociaciones colectivas peruanas. En el año 2012, en todo el Perú, existieron cuatrocientos treinta y cinco (435) convenios colectivos. De todos ellos, trescientos cincuenta y tres (353) se resolvieron mediante negociación directa, cincuenta y dos (52) mediante acuerdos en conciliación o extraprocesos y treinta (30) mediante arbitraje. Asimismo, durante el año 2011, en todo el Perú se registraron quinientos cincuenta (550) convenios colectivos, de los cuales solamente quince (15) se debieron al arbitraje. En todo caso, la estadística que se acaba de reseñar no incluye a la figura del arbitraje para definir el nivel o contenido de negociación. Sin embargo, esta observación no afecta el carácter residual del procedimiento arbitral como mecanismo de solución de conflictos laborales.

La negociación colectiva es complementada por otras "formas de solución de conflictos laborales" –en términos usados por la propia Constitución de 1993– que no son otras que la conciliación, la mediación, el extraproceso y el arbitraje. Cabe destacar que todas las formas de arbitraje laboral tienen raigambre en el inciso 2 del artículo 28 de la Constitución de 1993, que plasma un modelo democrático de relaciones laborales que "promueve formas pacíficas de solución de los conflictos laborales" (art. 28.2 de la Constitución).

¿Es posible advertir en la norma constitucional una consideración especial por el arbitraje como forma de solución de conflictos? Desde la política laboral, la Constitución planea la preferencia de los arbitrajes antes que el conflicto abierto. Asimismo, entre las modalidades de arbitraje colectivo laboral, resultarán preferentes aquellas que encuentran un sustento público y privado para la interposición del arbitraje (como ocurre en los arbitrajes de tipo voluntario y potestativo) antes que aquella modalidad que tiene una fuente netamente pública (como ocurre en el arbitraje obligatorio, figura de última ratio prevista en el artículo 68 de la LRCT)[7].

(7) La Autoridad Administrativa de Trabajo ha resuelto que, ante la concurrencia de su avocación como árbitro obligatorio –supuesto del artículo 68 LRCT– y la interposición de una de las partes del arbitraje potestativo, este último resulta preferible, pues "se debe privilegiar la potestad de las partes de someter el conflicto a un tribunal arbitral tomando en cuenta la naturaleza excepcional de la competencia asumida

Ahora bien, ha quedado sentado en la jurisprudencia constitucional que todo tipo de arbitraje debe ser concebido desde un enfoque iuspublicista, pues ellos "forman parte esencial del orden público constitucional"[8]. De hecho, el arbitraje es genéricamente definido como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos y, por lo tanto, "se explica no como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustituto, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial, a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias, básicamente de orden patrimonial de libre disposición"[9].

De esa manera, su naturaleza es diferente a la de los procesos judiciales que pueden utilizarse para fines similares. Pero también es cierto que, a partir del enfoque iuspublicista del arbitraje, su naturaleza jurídica heterocompositiva debe diferenciarse nítidamente de los otros llamados mecanismos alternativos de composición de conflictos colectivos. Así, el arbitraje potestativo y el arbitraje voluntario comparten el hecho de tener en la figura del árbitro a un tercero decisor, pero difieren en que el primero es utilizado a partir de un acuerdo de partes, mientras que en el segundo la delegación a un tercero para que resuelva el conflicto se fundamenta en la invocación, por una de ellas, de normas heterónomas que le permiten activar el arbitraje (tal y como ocurre con quien activa al aparato judicial).

Queda claro en este punto que el arbitraje colectivo laboral en nuestro ordenamiento jurídico posee un sustento constitucional que impide que se le descarte como mecanimo "intervencionista", cuando más bien existe suficiente evidencia de que puede adscribirse no solamente al fin constitucional de otorgar soluciones pacíficas a conflictos colectivos; sino que inclusive puede cumplir un papel importante al desincentivar prácticas contrarias a la buena fe en la negociación colectiva[10].

---

por esta Dirección General de Trabajo como árbitro obligatorio". En ese sentido, consúltese: Auto Directoral General de fecha 25 de octubre de 2011, número 010-2011-MTPE/2/14, parte considerativa.

(8) Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 28 de febrero de 2006, recaída en el Exp. Nº 6167-2015-HC/TC, f. j. 11.

(9) Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 21 de setiembre de 2011, recaída en el Exp. Nº 00142-2011-PA/TC, f. j. 22. Como salvedad aquí, debe decirse que, si bien es cierto que en el ámbito laboral el componente patrimonial no agota el contenido de las propuestas en negociación colectiva (o en arbitraje), también lo es que los derechos e intereses patrimoniales sí ocupan un espacio importante dentro de la lógica de la negociación colectiva y de los conflictos colectivos laborales.

(10) El arbitraje potestativo cumple, señaladamente, con esta función, otorgando un mayor dinamismo a las relaciones colectivas de trabajo, al cumplir un "rol fundamental de 'depuración' de las prácticas en la negociación contrarias al principio de buena fe reconocido por el Tribunal Constitucional y el Comité de Libertad Sindical de la OIT". SÁNCHEZ, Christian. *El arbitraje potestativo en las relaciones colectivas de trabajo: un balance inicial*. Documento inédito, Lima, 2013.

III. LA DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS POR LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA DESDE UNA PERSPECTIVA CRÍTICA

En esta parte vamos a analizar críticamente dos aspectos que tienen que ver con la actuación estatal como agente de auxilio del arbitraje colectivo laboral cuando, al inicio del *iter* del procedimiento de arbitraje, no existe una definición espontánea entre las partes o entre sus árbitros sobre la identidad de las personas que conformarán el órgano arbitral que resolverá la controversia en forma definitiva. A continuación, tomando en cuenta las normas que sobre el particular están contempladas en la LRCT y su Reglamento (incluyendo a la modificación operada por el Decreto Supremo Nº 014-2011-TR), así como lo previsto por el Reglamento General de la Ley Nº 30057, Ley del Servicio Civil (Decreto Supremo Nº 040-2014-PCM), explicaremos las reglas sustantivas para la conformación de los tribunales arbitrales en arbitrajes laborales de tipo potestativo, distinguiendo los casos en los que tales arbitrajes tienen como parte empleadora a empresas privadas de los casos donde el Estado se comporte como empleador –a través de una entidad estatal o de una empresa pública– y sus trabajadores estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada.

a) **Regla de incompatibilidad.-** No pueden ser árbitros quienes hayan tenido o tengan relación contractual u otro tipo de relación con las partes o interés directo o indirecto en el resultado (art. 64 de la LRCT y Resolución Ministerial Nº 331-2011-TR).

b) **Reglas sobre el número de árbitros**.- El órgano arbitral puede ser libremente configurado en los arbitrajes voluntarios; mientras que en los arbitrajes potestativos solamente puede establecerse un tribunal tripartito, el mismo que también se aplica a los arbitrajes voluntarios en los que no exista acuerdo sobre el número de árbitros (art. 64 de la LRCT). Además, se prevé que cuando existe un tribunal arbitral, el número de sus miembros debe de ser impar (art. 50 del Reglamento de la LRCT).

c) **Regla sobre el universo de árbitros elegibles.-** En el artículo 2 del Decreto Supremo Nº 014-2011-TR se estableció la creación del Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas, el mismo que habilitaría a los profesionales que pueden ser parte de órganos arbitrales.

d) **Regla de designación de árbitros (Tribunal tripartito).-** Cada una de las partes tiene reconocida la iniciativa de designar a un árbitro, según sus propias preferencias, fundadas en alguna afinidad (ideológica, gremial, etcétera) pero respetando la *regla de incompatibilidad*.

- **Primera subregla de suplencia:** partiendo del presupuesto de que alguna de las partes sí ha cumplido con designar a un árbitro[11], si la segunda no cumpliera con designar a un árbitro dentro de los plazos previstos, es un tercero el encargado de efectuar la designación (art. 51 del Reglamento de la LRCT). Al día de hoy ese tercero es la Dirección General de Trabajo del MTPE (art. 2 del Decreto Supremo Nº 014-2011-TR), cuya competencia a nivel nacional no distingue si se trata de una entidad empleadora privada o pública (art. 61-A del Reglamento de la LRT). Sin embargo, el tercero que aplicará la subregla se bifurcará una vez que, tras la publicación del Decreto Supremo Nº 040-2014-PCM, se implemente la *Comisión de Apoyo al Servicio Civil* (art. 86 de dicho cuerpo normativo) que efectuará esta designación en el caso de empleadores que sean entidades públicas y empresas estatales.

e) **Regla de designación de presidentes de tribunales arbitrales.-** Son los dos árbitros designados según la regla anterior quienes se encargan de establecer la identidad del presidente del tribunal (que viene a representar una suerte de equilibrio entre la posible polarización que represente, en principio, la designación de un árbitro por cada parte).

- **Segunda subregla de suplencia:** en caso no llegasen a un acuerdo, el legitimado para efectuar la designación es un tercero, bifurcándose aquí las posibilidades, pues si el empleador es privado sería responsable de designar al presidente la Dirección General de Trabajo (art. 61-A del Reglamento de la LRT); mientras que en el Sector Público esa función le corresponderá a la recientemente creada *Comisión de Apoyo al Servicio Civil* (hasta que se culmine su implementación esta función le correspondería al Consejo Especial creado por el Decreto Supremo Nº 002-2012-TR).

f) **Reglas sobre el plazo para efectuar designaciones.-** En los arbitrajes potestativos invocados por las causales previstas en el artículo 61-A del Reglamento de la LRCT se establece el plazo de 5 días para que la parte contra la que se interpone el arbitraje designe al segundo árbitro. Tratándose de los arbitrajes potestativos invocados bajo el artículo 61 de la LRCT (que se han venido a llamar incausados) y los arbitrajes voluntarios,

(11) Típicamente, el caso del arbitraje interpuesto unilateralmente, es de esperarse que la parte que pretende llevar a su contraparte al fuero arbitral lo hace designando a un árbitro en su primera comunicación

la regla supletoriamente aplicable es la prevista en el Decreto Legislativo Nº 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, que establece el plazo general de 15 días entre cada designación.

A continuación, sintetizamos las reglas referidas específicamente a la designación de árbitros, que son las que importa relevar para los objetivos que nos hemos trazado en este ensayo.

CUADRO Nº 2

REGLAS DE DESIGNACIÓN DE ÁRBITRO Y ROL SUPLETORIO ESTATAL

Órgano arbitral	Reglas aplicables con empleador privado	Reglas aplicables con empleador estatal sujeto al régimen laboral privado
Árbitro unipersonal (arbitraje voluntario)	Las partes designan al árbitro, sobre la base de un acuerdo. De no acordar la designación, pueden delegarla a un tercero o al Estado.	Las partes designan al árbitro, sobre la base de un acuerdo. De no acordar la designación, esta podría ser delegada o, si no se acordase ello, ser efectuada por un Consejo Especial, hasta la implementación de la Comisión de Apoyo del Servicio Civil.
Tribunal arbitral(*) (necesariamente tripartito, cuando es un arbitraje potestativo).	a) Las partes designan a un árbitro. b) Los árbitros designados designan al presidente del tribunal arbitral c) En a) o b), si una parte no designara a un árbitro, esto podría ser solicitado al Estado	a) Las partes designan a un árbitro. Si una parte no cumpliera con ello, este sería designado por el Estado, hasta la implementación de la Comisión de Apoyo del Servicio Civil. b) Los árbitros del conflicto designan al presidente del tribunal arbitral. Si no hubiera acuerdo, esta designación puede solicitarse a un Consejo Especial, hasta la implementación de la Comisión de Apoyo del Servicio Civil.

(*) A efectos de simplificar este ejercicio, se toma como supuesto a un tribunal arbitral tripartito para los arbitrajes colectivo laborales de tipo voluntario; sin embargo, es posible que existan estos tribunales de cinco o incluso de un mayor número impar de árbitros que pueda ser acordado por las partes.

1. Crítica 1: un mecanismo de designación propio del arbitraje institucional dentro de un arbitraje ad hoc

La intervención de la autoridad administrativa de trabajo en la conformación de los órganos arbitrales es una característica no esencial del arbitraje colectivo laboral, derivada del hecho de que en el Perú, el arbitraje colectivo laboral es un tipo de arbitraje ad hoc que incorpora elementos típicos de la modalidad de arbitraje institucional.

Hemos dicho que las reglas supletorias de procedimiento, a las que se ha hecho referencia antes, establecen el principio de libertad de reglamentación del arbitraje. Pero como en los arbitrajes voluntarios y potestativos es natural que no exista reglamentación privada del procedimiento (aunque más en estos últimos, ya que una de las partes no accede voluntariamente al procedimiento arbitral), la ley interviene decisivamente en este aspecto, asegurando el inicio del arbitraje, mediante la conformación del órgano arbitral. La designación a cargo de la autoridad administrativa de trabajo, en defecto de aquella que debe realizar una de las partes del arbitraje, "suple la voluntad de la parte omisa en su designación, asumiendo la misma naturaleza y los mismos efectos jurídicos"[12].

Al analizar la intervención de la Autoridad Administrativa de Trabajo en la designación de árbitros debemos recordar que uno de los puntos diferenciales entre los arbitrajes ad hoc y los arbitrajes institucionales consiste en que en los primeros las propias partes designan a los árbitros, con márgenes de libertad relativamente amplios; en cambio, en los arbitrajes institucionales, las instituciones arbitrales suelen contemplar listados flexibles o cerrados de árbitros, con el objeto de facilitar su designación por las partes. Aquí se percibe con claridad por qué hemos calificado al arbitraje colectivo laboral peruano como una forma de arbitraje ad hoc con ciertas notas de arbitraje institucional.

Veamos. Hasta setiembre de 2011 la elección de árbitros dentro de arbitrajes colectivos laborales se efectuaba en forma acorde con el modelo flexible; sin embargo, con la dación del Decreto Supremo Nº 014-2011-TR, se creó (por mandato contemplado en su artículo 2) el Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas, que está a cargo de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. A pesar de que en la norma dicho registro tenía carácter vinculante y no distinguía entre árbitros que pudieran conocer casos del Sector Privado y del Sector Público, en la práctica, la autoridad administrativa de trabajo ha optado por mantener dos registros paralelos: uno para el sector público y otro para el sector privado. El primero es vinculante para las partes que efectúan la designación de árbitros y para la autoridad administrativa que tuviera que designar en suplencia; mientras que el registro de árbitros del Sector Privado –al menos provisionalmente– únicamente vincula a la autoridad administrativa que efectúa una designación de árbitro.

Entendemos que un registro como ese se sustenta en el hecho de garantizar la mayor transparencia posible sobre los actos de designación realizados. Apoya

(12) Resolución Directoral General de fecha 18 de enero de 2012, Nº 001-2012-MTPE/2/14, considerando 16.

a esta perspectiva el hecho de que las propias entidades que efectúan la designación de árbitros hayan aprobado y publicado instrumentos sobre la forma en la cual cumplen estas funciones: la Dirección General de Trabajo aplica un sorteo simple(13), mientras que el Consejo Especial designa mediante acuerdos unánimes de sus miembros o, si ello no es posible, mediante un sorteo entre los candidatos seleccionados(14).

Como se ve, el listado es un primer elemento que matiza la identificación del arbitraje colectivo laboral como un arbitraje ad hoc. A ello debe agregarse que una vez iniciado el arbitraje es evidente que quien se encarga de organizar y administrar el procedimiento arbitral no es una entidad jurídicamente distinta de los propios árbitros. Son ellos los que administran el procedimiento arbitral y de ello puede colegirse que la intervención de la autoridad administrativa únicamente se da en la etapa de designación de árbitros, dentro de la que funge de una suerte de institución arbitral con funciones limitadas a la mera designación en suplencia de las partes.

Debe advertirse que, al designar a árbitros en suplencia, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo actúa en forma símil a la acción que llevaría a cabo una institución arbitral, aunque ciertamente con funciones limitadas exclusivamente a la etapa de la designación de árbitros, que fundamenta al resto del procedimiento arbitral(15). Entonces, cabe plantearse cuestionamientos elementales, a la vista de haber resultado un híbrido entre el arbitraje institucional y el arbitraje ad hoc. ¿Debería plantearse la creación de un arbitraje colectivo laboral de tipo institucional, que abiertamente avance sobre un incierto primer paso, que ha sido la creación de un registro de árbitros?

Sin duda, avanzar hacia la creación de un arbitraje institucional para los conflictos colectivos laborales podría ser una alternativa que demandaría repensar la organizicidad y las garantías requeridas para que la nueva institución pública que se encargue de esta función otorgue las garantías de imparcialidad y de

(13) Directiva General Nº 006-2012/MTPE/2/14, de fecha 2 de julio de 2014. "Lineamientos para la aplicación del principio de publicidad en la designación de árbitros y presidentes de tribunales arbitrales a cargo de la Autoridad Central de Trabajo y del Registro de Laudos Arbitrales correspondientes al Sector Privado".

(14) Acuerdo del Consejo Especial del día 20 de agosto de 2012: "Metodología para el desarrollo de las funciones del Consejo Especial, constituido por el Decreto Supremo Nº 009-2012-TR".

(15) Por ello, la Autoridad Administrativa de Trabajo ha entendido que la designación de árbitros es inimpugnable, lo que incluso ha sido plasmado normativamente: "Las designaciones de árbitros que efectúan el Consejo Especial y la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, de ser el caso, son inimpugnables, sin perjuicio del derecho de recusación que pueden ejercitar las partes dentro del proceso arbitral, de ser el caso". Artículo 4 del Decreto Supremo Nº 009-2012-TR.

publicidad que resultan fundamentales, sobre todo en el caso donde el Estado es el empleador. Teniendo este problema en cuenta, pensamos que una solución bastante más viable, en términos económicos y temporales, sería el desistirse de conformar instituciones arbitrales o una institución arbitral o siquiera de revestir al arbitraje colectivo laboral de ciertos elementos del arbitraje institucional. En realidad, una alternativa mucho más efectiva para superar cualquier posible acto de discrecionalidad en la autoridad administrativa sería dejar la designación de árbitros a las entidades especializadas que podrían cumplir con este encargo, sin perjuicio de que podría formentarse la creación de nuevas instituciones de arbitraje o mantener un cuerpo de árbitros en un listado público como el actual, que puedan estar prestos a ejercer esa función a tarifas sociales.

2. Crítica 2: reglas particulares en función de la naturaleza pública o privada de la parte empleadora

Como hemos revisado, la naturaleza privada o pública de la parte empleadora origina atribuciones de competencia distintas cuando se trata de la designación del tercer árbitro (presidente del tribunal arbitral) y los llamados a designarlo no logran hacerlo. La legislación laboral, en este punto, realiza una distinción polémica, en función de quien sea la entidad empleadora: si el empleador es una empresa privada, la competencia para designar al presidente del tribunal arbitral –ante el desacuerdo entre *los árbitros* designados por ambas partes– le corresponde a la Dirección General de Trabajo; mientras que si el empleador es una entidad pública o empresa estatal la competencia –en caso haya desacuerdo entre *las partes* del arbitraje– le corresponderá a un Consejo Especial (creado por la Quincuagésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley Nº 29812, Ley de Presupuesto del Sector Público para el año Fiscal 2012 y constituido por el Decreto Supremo Nº 009-2012-TR)[16], hasta que se produzca la implementación de la *Comisión de Apoyo al Servicio Civil*.

No cabe duda de que este es quizá el aspecto más crítico de la función supletoria en los arbitrajes colectivos laborales, pues está plasmado en la Ley un tratamiento diferenciado de dudosa compatibilidad con la Constitución. Trabajadores sujetos al régimen general de la actividad privada con empleadores privados y públicos pueden por igual ejercer su libertad sindical, pero al utilizar el arbitraje colectivo laboral se advierte la existencia de subreglas referidas a la designación

(16) En esencia, el referido Consejo Especial un órgano multisectorial (más de la mitad de sus miembros son representantes de la parte empleadora, el Estado) y cuenta con una participación minoritaria de representantes sindicales y de la sociedad civil.

de árbitros en suplencia que permiten, en el momento actual, que la designación de un presidente de tribunales arbitrales pueda ser efectuado por un órgano con participación mayoritaria de representantes del Estado.

IV. CONCLUSIONES

i) La designación de árbitros en suplencia constituye una forma atenuada de intervención de la Administración del Trabajo en las relaciones colectiva de trabajo, que no llega a guardar un significado negativo en sí mismo.

ii) Cabe preguntarse: ¿Quién está en mejor posición de determinar la imparcialidad del árbitro? Sin duda, las partes tienen esa ventaja frente a un tercero, cualquiera sea su origen o composición (el Estado, un órgano tripartito, tercero independiente, etcétera). El objetivo de la regulación de la designación de árbitros en suplencia no debe hacer perder de vista que, en el mejor de los casos, estas normas deben ser un eficiente desincentivo a que las partes del arbitraje (o, en el caso de la designación del presidente del tribunal, los propios árbitros ya deisgnados) omitan designar a un árbitro.

iii) Creemos que la *Comisión de Apoyo al Servicio Civil*, cuya composición está determinada por el artículo 88 del Decreto Supremo Nº 040-2014-PCM, debe ser la oportunidad para que se refuercen las garantías para la independencia de su actuación en la designación de árbitros en el Sector Público, por lo que es importante que dicha comisión genere sus propios instrumentos de designación de árbitros que haga pública la metodología a utilizarse.

iv) Finalmente, creemos que la mejor opción político-legislativa para que se cumpla la función de designar a árbitros ofreciéndose garantías de no arbitrariedad podría ser la instauración de mayores elementos del arbitraje institucional dentro del arbitraje colectivo laboral.

LOS PRINCIPIOS DE SUPLENCIA DE QUEJA Y *PRO ACTIONE* Y SUS ALCANCES EN LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO

"Llamo 'principio' a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, de la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad".

Ronald Dworkin[1]

Sandro Alberto Núñez Paz

I. INTRODUCCIÓN

Robert Alexy decía, y con razón, que los principios son "mandatos de optimización"[2], y que no se distinguen de los valores, pues ambos son formas jurídicas con contenido moral.

Para Pasco Cosmópolis, los principios son aquellos valores que solventan la ley, la complementan y orientan su aplicación, dentro de la triple función que les atribuye De Castro: informadora, en cuanto inspiran al legislador y sirven de

(1) DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio.* Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1995, p. 72.

(2) ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales.* 1ª reimp., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2010, p. 83.

fundamento del ordenamiento jurídico; normativa o integrativa, al actuar como fuente supletoria ante el vacío o la laguna legal; e interpretativa, al operar como criterio orientador del juez o del intérprete(3).

Respecto a la aplicación de los principios en materia laboral, podemos afirmar que en los últimos tiempos estamos siendo testigos de un fenómeno singular, por el cual, en el ámbito del Derecho Laboral, se vienen aplicando principios propios de otras disciplinas jurídicas, específicamente nos referimos a principios del Derecho Constitucional.

En efecto, desde la emisión de la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) del Exp. Nº 1124-2001-AA/TC, recaída en el proceso seguido por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú y Fetratel contra Telefónica del Perú, se produjo un hecho innegable: que el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) es el órgano jurisdiccional que ha tenido a su cargo la emisión de las sentencias más importantes y trascendentes en materia laboral, sobrepasando largamente en esta labor a la Corte Suprema. Así, el TC mantuvo (y mantiene) una línea jurisprudencial de interpretación de normas laborales a la luz de preceptos constitucionales, llegando algunos autores como Sanguineti Raymond(4) a denominar a este fenómeno como el "Bloque de Laboralidad de la Constitución de 1993" o la "Constitución Laboral".

Pero, este fenómeno de interpretación de normas laborales desde el constitucionalismo efectuado por el TC no tuvo lugar únicamente en el Perú. De hecho, este fue un suceso que también lo han vivido otros países, entre los que destaca España, en donde autores de la talla de Palomeque López(5) han investigado la correlación entre los derechos laborales y los constitucionales, llegando dicho autor a desarrollar la denominada "teoría de los derechos laborales inespecíficos", los cuales conceptualiza como derechos atribuidos con carácter general a las personas, que son ejercidos en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y por la naturaleza

(3) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "Reafirmación de los principios en el Derecho del Trabajo". En: *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*. SPDTSS, Lima, 2004, p. 24.

(4) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. "Derecho Constitucional del Trabajo, pelaciones de trabajo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. 1ª ed., Lima, 2007, pp. 16 a 22.

(5) PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. "El derecho a la igualdad y no discriminación en el contrato de trabajo". En: *Estudio de Derecho de Obligaciones - Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*. Tomo II, La Ley, pp. 539-540.

de la relación jurídica en que se hacen valer, en derechos constitucionales laborales inespecíficos.

Como señalamos anteriormente, esta tendencia mundial también tuvo impacto en la jurisprudencia nacional, especialmente en un grupo de sentencias emitidas por el TC en las que se aprecia la interpretación de derechos laborales a la luz de preceptos o principios de índole constitucional(6).

Esta denominada constitucionalización del Derecho Laboral no fue desarrollada en nuestro medio únicamente respecto de la interpretación de derechos sustantivos, sino que el propio TC ha emitido precedentes vinculantes por medio de los cuales se han determinado las materias que pueden ser conocidas tanto por la justicia constitucional como por la laboral ordinaria(7), logrando en tal intento, también, que principios del proceso constitucional sean incorporados al ámbito del Derecho Procesal Laboral, como es el caso justamente de los principios materia de la presente investigación.

Sí, estamos frente a un escenario en el cual se vienen aplicando principios propios del constitucionalismo en el ámbito del Derecho Procesal Laboral. Ello se corrobora también en el ámbito normativo, dado que en la Ley Nº 29497 –Nueva Ley Procesal del Trabajo– (en adelante, NLPT) han sido recogidos algunos principios del proceso constitucional, siendo otros principios importados vía interpretación jurisprudencial.

Nos referimos específicamente a los principios de suplencia de queja y *pro actione*, los mismos que poseen raigambre constitucional y que vienen siendo aplicados en los procesos tramitados bajo los alcances de la NLPT.

En el presente estudio analizaremos el impacto que han tenido los referidos principios constitucionales en la tramitación de los procesos judiciales en materia laboral.

II. ANÁLISIS DE LA NORMATIVA PROCESAL LABORAL

Efectuando un análisis histórico de las dos últimas normas procesales que han regulado y reglamentado el proceso laboral judicial, podemos señalar que las mismas siguieron las tendencias propias de su época.

(6) Algunas de las sentencias en las que el TC ha hecho mención a derechos laborales inespecíficos son las siguientes: SSTC Exps. Nºs 895-2001-AA/TC; 866-2000-AA/TC; 3765-2004-AA/TC; 2129-2006-AA/TC; 1058-2004-AA/TC; entre otras.

(7) Para tal efecto revisar las STC Exp. Nº 976-2001-AA/TC caso Llanos Huasco contra Telefónica del Perú, STC Exp. Nº 206-2005-PA/TC caso Baylón Flores contra EPS Emapa Huacho S.A., entre otras.

En efecto, en el año 1996, específicamente en el mes de junio, fecha en la que se promulgó la Ley Nº 26636 –Ley Procesal del Trabajo–, se encontraba en boga una corriente procesalista introducida en el año 1992 con la promulgación del Código Procesal Civil (en adelante, CPC), norma que varió los paradigmas procesales de la época, introduciendo en los procesos judiciales instituciones tales como el saneamiento del proceso, la preclusión de las etapas procesales, la eliminación de la prueba plena, entre otras novedades. Así, la reforma procesal que inspiró la Ley Nº 26636 tuvo como base la tendencia seguida por el CPC, esto es, una corriente procesal-civilista.

A diferencia de la anterior norma procesal laboral, la NLPT posee una inclinación a la doctrina procesal-constitucionalista, propia de nuestro tiempo, la misma que en nuestro país viene inspirada por la correlación que existe entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Constitucional, como explicáramos en la parte introductoria del presente estudio. Hoy en día, autores como García Toma[8] hacen referencia a "principios laborales constitucionalizados", en clara alusión a la injerencia del constitucionalismo en el Derecho del Trabajo.

Pero no debemos descuidar que el Derecho Procesal Laboral es una disciplina jurídica que posee reglas y principios propios que la sustentan, pudiendo mencionar entre algunos a la denominada redistribución de la carga probatoria[9], o a la aplicación de la facultad *ultra petita* otorgada a los jueces laborales[10].

Por ello, consideramos necesario analizar el impacto que ha traído la aplicación de estos principios traídos del constitucionalismo a procesos laborales tramitados bajo los alcances de la NLPT.

---

(8) GARCÍA TOMA, Víctor. "Los principios laborales en la doctrina del Tribunal Constitucional". En: *Libro del II Congreso Nacional de la SPDTSS*. Arequipa, 2006, p. 982.

(9) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Fundamentos del Derecho Procesal del Trabajo*. 2ª ed., Editora Aele, Lima. 1997, pp. 67 a 68; refiriéndose a la distribución de la carga probatoria en materia laboral señala lo siguiente: "en el Derecho Procesal del Trabajo este criterio es deliberadamente quebrantado, subvertido: el trabajador, que es normalmente el actor o demandante, es exonerado en lo sustancial de la obligación de probar su dicho; el *onus probandi* recae en lo básico sobre el empleador, usualmente demandado. La demanda goza, por decirlo así, de una presunción de veracidad, se le reputa cierta a priori, presunción *juris tantum* que debe ser destruida por el empleador con su prueba. (...) El criterio de la redistribución de la carga de la prueba no es meramente abstracto o teórico; tiene por el contrario constante y contundente presencia en la legislación".

(10) Para tal efecto, ver TOLEDO TORIBIO, Omar. "El petitorio implícito y otras hipótesis de flexibilización en el marco de la Nueva Ley procesal del Trabajo". En: *Soluciones Laborales*. Nº 71, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre de 2013, p. 24.

III. EL PRINCIPIO DE SUPLENCIA DE QUEJA

1. Definición

Abad Yupanqui[11] menciona que el principio de suplencia de queja, permite una activa participación del juzgador, quien de percatarse que la demanda es deficiente deberá enmendar el error. Con ello se pretende que el juez, particularmente en los procesos de amparo, subsane las deficiencias u omisiones presentadas y evite declarar constantes nulidades procesales.

Por su parte, Borea Odría[12], precisa que el principio de suplencia de queja no comprende la posibilidad de que el juez decida sobre qué es lo que tiene que fallar, ya que de ser así violaría el derecho constitucional de defensa del emplazado; asimismo, dicha institución no autoriza a que el juez altere los términos de la demanda (*pretensión, causa petendi*).

Entendemos, por lo tanto, al principio de suplencia de queja como aquel mandato por medio del cual el juzgador, al tomar conocimiento de alguna deficiencia de tipo procesal que contenga la demanda, tendrá la obligación de hacer un esfuerzo por subsanar las omisiones advertidas, viabilizando el proceso dentro de los cánones regulares para su tramitación, pero no pudiendo en tal intento alterar los fundamentos de hecho o el petitorio de la demanda.

De otro lado, Carpio Marcos[13] señala que el denominado principio de suplencia de queja o suplencia de queja deficiente, nace en el Derecho Constitucional mexicano, y tras las sucesivas reformas constitucionales en México (primero la de 1951 y las que le sucedieron en los años 1962, 1974 y 1986), los alcances de dicho principio se enriquecieron, dejándose actualmente en manos del legislador ordinario la determinación del ámbito de eficacia de la suplencia de la queja.

Cabe mencionar que la aplicación de este principio no es novedosa en el Derecho Procesal Constitucional peruano. De hecho, aparece por primera vez en el artículo 7 de la Ley Nº 23506 - Ley de Hábeas Corpus y Amparo[14], publicada en el diario oficial *El Peruano* el 11 de diciembre de 1982; y, posteriormente en

(11) ABAD YUPANQUI, Samuel. *El proceso constitucional de amparo*. 1ª ed., Lima, 2004, p. 167.

(12) BOREA ODRÍA, Alberto. "Evolución de las garantías constitucionales". En: *Exposición de Motivos del anteproyecto de la Ley de hábeas corpus y amparo*, p. 591.

(13) CARPIO MARCOS, Edgar. "La suplencia de la queja deficiente en el amparo. Un análisis comparativo". En: *Cathedra*. Espíritu del Derecho, Año VI, Nº 10, Revista de los estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2004.

(14) Artículo 7.- "El juez deberá suplir las deficiencias procesales en que incurra la parte reclamante, bajo responsabilidad. Igualmente dará preferencia en la tramitación a las acciones de garantía".

el artículo 9 de la Ley Nº 25398 - Ley que Complementa las Disposiciones de la Ley Nº 23506 en materia de hábeas corpus y de amparo[15], publicada el 9 de febrero de 1992.

En el ámbito del proceso laboral, pese a que la NLPT no consagra expresamente a la suplencia de queja como principio inspirador del proceso laboral, consideramos que el mismo puede ser aplicado a los procesos tramitados bajo los alcances de dicha norma procesal, en atención a lo dispuesto por el artículo IV del Título Preliminar de la NLPT, en donde se establece que los jueces laborales, bajo responsabilidad, imparten justicia con arreglo a la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley, debiendo interpretar y aplicar toda norma jurídica, incluyendo los convenios colectivos, según los principios y preceptos constitucionales, así como los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la República.

En tal virtud, al ser el principio de suplencia de queja uno desarrollado en la jurisprudencia del TC, el mismo puede ser aplicado por los jueces especializados de trabajo a los procesos que se tramiten bajo los alcances de la NLPT.

2. El principio de suplencia de queja en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

La suplencia de queja fue abordada por el TC en la STC Exp. Nº 278-1993-AA/TC (de fecha 11 de agosto de 1997) recaída en el proceso seguido por el Personal de Activos, Jubilados y Cesantes de la Empresa Nacional de Edificaciones - Enace en contra del Supremo Gobierno, en donde el alto colegiado señaló lo siguiente:

> "Que, siendo esta la pretensión de los accionantes, el juzgador solo puede suplir las deficiencias procesales o las que existan en cuanto a la denominación de la acción de garantía impuesta, conforme lo establecen el artículo 7 de la Ley Nº 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo, y el artículo 9 de la Ley Nº 25398, Ley Complementaria a la de Hábeas Corpus y Amparo, respectivamente, **pero en ningún caso puede variar o suplir las pretensiones de las partes, toda vez que no tiene facultad extrapetita**" (el resaltado es nuestro).

(15) Artículo 9.- Si el actor incurre en error al nominar la garantía constitucional (acción de hábeas corpus o acción de amparo) que de conformidad con el artículo 295 de la Constitución Política del Perú, quiere ejercer, el Juez ante quien ha sido presentada se inhibirá de su conocimiento y la remitirá de inmediato al competente, bajo responsabilidad, para los efectos de la sustanciación y resolución correspondientes.

Como se puede apreciar, en un primer momento el denominado principio de suplencia de queja solo permitía al juzgador constitucional suplir algunas deficiencias procesales relacionadas con la denominación de la acción de garantía, lo cual fue corroborado por el artículo 9 de la Ley Nº 25398, como mencionamos anteriormente. Así, de presentarse un proceso de amparo en donde se pretendía dejar sin efecto una detención arbitraria, el juez estaba en la obligación de analizar el fondo de la controversia, pudiendo reconducir este proceso que inicialmente fue planteado como un amparo, al proceso de *hábeas corpus*, enviado el expediente al juez competente para su tramitación.

Pero este principio evolucionó en el tiempo y, pese a que en el Código Procesal Constitucional (Ley Nº 28237 publicada en el diario oficial *El Peruano* el 31 de mayo de 2004) no se hace referencia expresa al mismo, como sí lo hiciera su antecesora Ley de *Hábeas Corpus* y Amparo, el TC en jurisprudencia posterior a la promulgación del referido Código Procesal, ha seguido aplicando este principio, conforme se puede apreciar por ejemplo de la STC Exp. Nº 2148-2010-PA/TC, referida a un proceso en donde la demandante solicitaba reposición en su puesto de trabajo alegando haber sido despedida por estar en estado de gestación:

> "9. Sin embargo, en virtud del principio de suplencia de queja deficiente y del deber especial de protección de los derechos fundamentales que informan los procesos constitucionales, este Tribunal considera que también debe analizarse si los contratos de trabajo sujetos a modalidad por incremento de actividad (conforme a lo establecido en la cláusula segunda del referido contrato) fueron desnaturalizados por simulación o fraude a las normas establecidas en el Decreto Supremo Nº 003-97-TR".

Como se puede apreciar de la jurisprudencia mencionada, sin variar la pretensión de la demanda (reposición) el colegiado constitucional ha tenido en consideración al momento de resolver, aspectos fácticos que aparecieron en el desarrollo del proceso, tomando los mismos como base de su sentencia.

Podemos apreciar una evolución del principio de suplencia de queja, dado que hoy en día no solo se aplica en caso exista una incorrecta calificación del recurso, sino que, además, siguiendo con la jurisprudencia del TC, el juzgador tendrá que efectuar un completo análisis de los hechos que se ponen a su conocimiento a efectos de resolver el fondo de la controversia.

3. El principio de suplencia de queja en la jurisprudencia de la Corte Suprema

Pese a ser un principio traído del constitucionalismo, la suplencia de queja ha sido también utilizada en la jurisprudencia de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema (en adelante, SCSCS) con ocasión de la tramitación de procesos seguidos bajo el amparo de la NLPT.

En la Cas. Lab. Nº 4779-2011-Moquegua, de fecha 1 de junio de 2012, la SCSCS resolvió un rechazo liminar de la demanda resuelto por el Juzgado Laboral de Moquegua, improcedencia que fue confirmada por la Sala Revisora, en un proceso cuyas pretensiones eran las siguientes: que el juzgado declare (i) la existencia de un despido fraudulento, al haber coaccionado la empresa al actor a la suscripción de un convenio de terminación de contrato de trabajo por mutuo disenso; (ii) que se declare fundada la demanda, nulo el despido fraudulento y se ordene el pago de las remuneraciones devengadas; y, (iii) como pretensión subordinada el pago de una indemnización por despido arbitrario (sic).

Ante tal petitorio, el Juzgado Laboral de Moquegua declaró inadmisible la demanda, otorgando al actor un plazo para que subsane las omisiones advertidas solicitando específicamente que se aclare el petitorio. En el escrito de subsanación el demandante solicitó: a) que se califique el despido como nulo por causal de la existencia de un despido fraudulento al haberlo coaccionado a la suscripción de un convenio de cese por mutuo disenso; b) declarada la existencia de un despido nulo se ordene su reposición en su puesto de trabajo; c) el pago de sus remuneraciones devengadas; y, en caso se desestime la pretensión de nulidad de despido se declare la existencia de un despido arbitrario con el pago de la correspondiente indemnización (sic).

El juzgado declaró improcedente la demanda y ordenó el archivo del proceso, en el entendido que la parte demandante confundió el despido nulo con el despido fraudulento, existiendo una indebida acumulación de pretensiones, pues se acumulan el pedido de despido fraudulento con el arbitrario sin señalar la causal exacta de la reposición, indicando además, que la redacción de la demanda resulta confusa (sic). La Sala Superior confirmó el rechazo liminar de la demanda.

El demandante interpuso el correspondiente recurso de casación ante la SCSCS denunciando causales de infracción normativa consistente en la inaplicación del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, así como los artículos III y IV de la Ley Procesal del Trabajo –Ley Nº 26636– (sic). La Sala Suprema declaró fundado el referido recurso de casación, nula la resolución de vista

e insubsistente la resolución apelada disponiendo que el juez de la causa proceda a calificar la demanda observando los lineamientos establecidos en la resolución casatoria.

Entre los fundamentos que sustentan el fallo casatorio destaca el fundamento décimo segundo en donde la SCSCS señaló que se había contravenido el principio de congruencia que obliga al órgano jurisdiccional a emitir un fallo acorde con las pretensiones planteadas, tanto en la dimensión fáctica como jurídica, así como con el escenario construido a nivel jurisprudencial por la Corte Suprema y por el propio TC, obligando al juez a calificar la demanda en el contexto específico de los hechos invocados como fundamentos de hecho, cual es la existencia de un convenio de cese por mutuo disenso firmado bajo coacción y engaño, razón por la cual, a decir del demandante, existe un despido fraudulento.

Como se puede apreciar, en esta resolución la SCSCS hace uso del principio de suplencia de queja, ordenando al a quo que califique la demanda de un modo distinto al pretendido por el actor. Cabe anotar a manera de comentario que el demandante, tanto en su demanda como en el escrito de subsanación, solicitaba como pretensión principal la reposición por despido nulo; consecuentemente, como pretensión accesoria el pago de sus remuneraciones devengadas y como pretensión subordinada el pago de una indemnización por despido arbitrario. Pero, la Corte Suprema ordenó al juzgado admitir la demanda de reposición, en atención al despido fraudulento del que había sido objeto el demandante, debiendo preguntarnos: ¿qué suerte correrán la pretensión subordinada y la accesoria? ¿Deberán ser parte del petitorio?

Al parecer, la SCSCS no reparó en el destino que deberían correr la pretensión subordinada y la accesoria en caso la demanda se tramite como una reposición por despido fraudulento.

En la resolución bajo comentario, vemos como la SCSCS utiliza al principio de suplencia de queja para ordenar a un juzgado la admisión de la demanda, variando para tal efecto el petitorio de reposición por despido nulo, devengados o indemnización por despido arbitrario por el de reposición por despido fraudulento, sin hacer mención expresa respecto de las otras pretensiones. Pareciera ser que mediante esta ejecutoria la SCSCS estaría ordenando al juzgado a variar la pretensión demandada, de un despido nulo a uno fraudulento, lo cual a nuestro entender excedería los lineamientos establecidos para la aplicación de este principio; pero, en el terreno de los hechos, lo que está haciendo la Sala Suprema es darle sentido a la confusa pretensión de la demanda sin variar los fundamentos de hecho o la pretensión principal de la demanda: la reposición del trabajador a su centro de trabajo.

Como hemos podemos apreciar, el principio de suplencia de queja ha sufrido variaciones desde su concepción hasta nuestros días, otorgándole al juzgador la capacidad de calificar una demanda que ha sido indebidamente encausada, pudiendo también efectuar un análisis de los hechos a efectos de encausar debidamente el petitorio solicitado.

IV. EL PRINCIPIO *PRO ACTIONE*

1. Definición

Respecto al principio *pro actione*, García Toma[16] señala que esta pauta basilar plantea que la exigibilidad de los requisitos para el acceso a la justicia sea interpretada de manera restrictiva, a efectos de que la persona pueda conseguir la exposición judicial de la supuesta amenaza o infracción de sus derechos fundamentales ante el órgano jurisdiccional.

En el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional se estipula que cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el juez y el TC declararán su continuación. Del mismo modo, el artículo III del Título Preliminar de la NLPT, señala que en todo proceso laboral los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, para cuyo efecto deben procurar alcanzar la igualdad real de las partes, privilegiar el fondo sobre la forma, interpretar los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso, observar el debido proceso, la tutela jurisdiccional y el principio de razonabilidad, otorgándole a la norma procesal un rol protagónico en el desarrollo e impulso del proceso.

Podemos apreciar que, a diferencia del principio de suplencia de queja, el *pro actione* sí se encuentra positivizado en la NLPT, no teniendo la necesidad de hacer una construcción jurisprudencial para aplicarlo a los procesos laborales bajo los alcances de la referida norma procesal.

2. El principio *pro actione* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

En la STC Exp. Nº 933-2000-AA/TC, de fecha 12 de junio de 2002, recaída en el proceso seguido por García Zamora contra la Dirección General de Salud, el colegiado constitucional hizo expresa mención del principio *pro actione* en

(16) GARCÍA TOMA, Víctor. "Los principios laborales en la doctrina del Tribunal Constitucional". Ob. cit., p. 977.

el segundo considerando de la referida resolución, indicando que dicho principio impone que el juez, en lugar de optar por alternativas que supongan el estrechamiento del derecho de acceso a la justicia, como sería la de declarar improcedente una demanda por un error del recurrente respecto a la competencia territorial, deba acoger aquellas que impliquen, por el contrario, una optimización o mayor eficacia del derecho referido. Como se puede apreciar, esta sentencia fue emitida cuando la Ley de Hábeas Corpus y Amparo se encontraba vigente.

Posteriormente, y ya bajo los alcances del Código Procesal Constitucional, se emitió la STC Exp. Nº 252-2009-PA/TC de fecha 3 de diciembre de 2009, recaída en el caso Llanos Ochoa contra la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, en la cual el TC resolvió un rechazo liminar de una demanda de amparo contra resolución judicial, señalando en el fundamento séptimo lo siguiente:

> "7. Es pertinente recordar que de acuerdo a lo establecido en el artículo III del Título Preliminar del mismo Código Procesal, los procesos constitucionales y sus reglas deben ser interpretadas conforme a los principios procesales que en él se destacan (principios de dirección judicial del proceso, gratuidad, economía, inmediación socialización, impulso de oficio, antiformalismo, etc.). Particular relevancia, en medio de dicho contexto, lo tiene el denominado **principio pro actione, conforme al cual, ante la duda, los requisitos y presupuestos procesales siempre deberán ser interpretados en el sentido más favorable a la plena efectividad de los procesos constitucionales de manera que si existe 'una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuación**'" (el resaltado es nuestro).

Vemos, pues, cómo el TC aplica este principio cuando se encuentran deficiencias procesales que tiene relación con los requisitos o presupuestos procesales exigidos a los recursos o escritos judiciales. El TC ha señalado que por imperio del principio *pro actione,* cuando un recurso no presente los requisitos exigidos por la norma procesal para su admisión, el juzgador deberá darle trámite al mismo, pasando por alto las exigencias procesales respecto de los requisitos exigidos.

No debe descuidarse el hecho de que el Código Procesal Constitucional no establece requisito de procedibilidad alguno respecto de la presentación del escrito de demanda, lo que no ocurre, por ejemplo, en el proceso laboral, en donde la NLPT sí establece ciertos requisitos de procedencia respecto de la admisión de la

demanda. En tal virtud, podemos afirmar que el principio *pro actione* puede ser aplicado sin mediar inconveniente alguno en procesos de garantía, los que no tienen la obligación legal de contar con determinados requisitos para su procedencia, no ocurriendo lo propio en procesos ordinarios como el laboral, en donde la admisión de las demandas se encuentra necesariamente requerida de ciertos condiciones para su procedencia[17].

Ello implica que los magistrados, en la aplicación del principio *pro actione,* deben tener una debida precaución al analizar si es que los requisitos que no fueron cumplidos por el solicitante son de tal naturaleza que no resultan trascendentes en el desarrollo posterior del proceso.

3. El principio *pro actione* en la jurisprudencia de la Corte Suprema

La SCSCS también ha hecho mención en su jurisprudencia a este principio, el mismo que, como mencionáramos anteriormente, ha sido recogido como un principio inspirador por el artículo III del Título Preliminar de la NLPT. Así, en la Cas. Nº 4781-2011-Moquegua, la Sala Suprema desarrolló el referido principio, indicando lo siguiente:

> "DÉCIMO NOVENO.- (…) con el rechazo in limine de la demanda se ha transgredido el derecho fundamental a un debido proceso por infracción del principio pro actione, previsto en el artículo III del Título Preliminar de la NLPT Nº 29497, por cuanto los jueces de mérito han interpretado las normas referidas a los requisitos de la demanda en barra severa. Si bien el fin del proceso laboral es obtener la restitución del derecho, y para el cumplimiento de tal propósito la NLPT Nº 29497, exige determinado formalismo, el exceso de

(17) El artículo 16 de la NLPT señala lo siguiente: "Requisitos de la demanda.- La demanda se presenta por escrito y debe contener los requisitos y anexos establecidos en la norma procesal civil, con las siguientes precisiones:

a) Debe incluirse, cuando corresponda, la indicación del monto total del petitorio, así como el monto de cada uno de los extremos que integren la demanda; y

b) No debe incluirse ningún pliego dirigido a la contraparte, los testigos o los peritos; sin embargo, debe indicarse la finalidad de cada medio de prueba.

El demandante puede incluir de modo expreso su pretensión de reconocimiento de los honorarios que se pagan con ocasión del proceso.

Cuando el proceso es iniciado por más de un demandante debe designarse a uno de ellos para que los represente y señalarse un domicilio procesal único.

Los prestadores de servicios pueden comparecer al proceso sin necesidad de abogado cuando el total reclamado no supere las diez (10) Unidades de Referencia Procesal (URP). Cuando supere este límite y hasta las setenta (70) Unidades de Referencia Procesal (URP) es facultad del juez, atendiendo a las circunstancias del caso, exigir o no la comparecencia con abogado. En los casos en que se comparezca sin abogado debe emplearse el formato de demanda aprobado por el Poder Judicial".

> atención en la forma ha distorsionado el presente proceso, retardándose la administración efectiva de justicia, desatendiéndose la necesidad de urgencia tutelar del actor; y por haberse incurrido en infracción del artículo IV del Título Preliminar de la NLPT Nº 29497, que contiene las directivas de interpretación y aplicación de las normas en materia laboral, por cuanto los jueces en sede de instancia, no han impartido justicia con arreglo a la Constitución Política del Perú y la Ley Nº 29497, principios y preceptos constitucionales, y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional".

La SCSCS, al igual que el TC, tiene una posición, según la cual, el principio *pro actione* opera en caso los recursos o escritos no guarden las formalidades exigidas por las normas procesales; así, cabe preguntarse si por la aplicación de este principio los jueces deben dejar de tener en consideración los requisitos de admisibilidad y procedencia establecidos en las normas procesales laborales.

Consideramos que el sentido que ha querido darle la SCSCS a la aplicación de este principio tiene que ver con el esfuerzo exigido a los magistrados de analizar el pedido del caso concreto, y de ser subsanable la omisión o en el supuesto que el cumplimiento del requisito no sea estrictamente necesario, procedan a dejar de lado la exigencia procesal, dando prioridad a la resolución del tema de fondo.

Esta posición se puede complementar con lo dispuesto por el propio artículo III del Título Preliminar de la NLPT cuando hace referencia al deber de los magistrados de preferir el fondo sobre la forma.

En ese escenario, vemos, pues, que la aplicación del principio *pro actione* calza mejor cuando es aplicado a procesos en los que no existen exigencias de procedibilidad de la demanda u otros recursos procesales, como es el caso del proceso de amparo; pero, su aplicación se complica en procesos que tienen una estructura más compleja, en donde el incumplimiento de los requisitos ocasiona el rechazo de los mismos; y en el caso que dicho escrito sea el de demanda, el rechazo tendrá como consecuencia el archivo definitivo del proceso[18].

Así, el principio *pro actione* nos pone en un escenario dentro del proceso laboral en donde los jueces laborales tienen por un lado una norma procesal que

(18) El artículo 17 de la NLPT referido a la admisión de la demanda, señala lo siguiente: "El juez verifica el cumplimiento de los requisitos de la demanda dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de recibida. Si observa el incumplimiento de alguno de los requisitos, concede al demandante cinco (5) días hábiles para que subsane la omisión o defecto, bajo apercibimiento de declararse la conclusión del proceso y el archivo del expediente. La resolución que disponga la conclusión del proceso es apelable en el plazo de cinco (5) días hábiles".

exige a los litigantes cumplir con los requisitos de procedibilidad de las demandas y recursos (siguiendo con lo dispuesto tanto por el CPC como por la propia NLPT), y por otro lado, un principio que los instruye a disminuir la exigencia procesal impuesta por dichas normas y códigos.

Por ello, consideramos que el principio *pro actione* otorga al magistrado la capacidad de dejar de lado el cumplimiento de algunos requisitos exigidos por la norma procesal, dando prioridad a la resolución del tema de fondo. Consideramos, además, que este principio no solo es de aplicación cuando esté de por medio la calificación de una demanda, sino que, también, puede aplicarse a momento de calificar cualquier recurso o escrito que se presente en el desarrollo del proceso.

V. RELACIONES ENTRE LOS PRINCIPIOS DE SUPLENCIA DE QUEJA Y *PRO ACTIONE* CON OTROS PRINCIPIOS Y DERECHOS DE ARRAIGO PROCESAL

En este punto analizaremos las relaciones existentes entre los principios de suplencia de queja y *pro actione* y otros principios y derechos de arraigo procesal a efectos de analizar si se presentan inconvenientes en su aplicación.

1. Los principios de suplencia de queja y *pro actione* y el *iura novit curia*

El principio de *iura novit curia* posee diversas acepciones tanto en la doctrina como en la normativa nacional. En el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil, se establece que por aplicación de este principio *los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda*. De igual forma el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil estipula que "el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes".

A diferencia de la suplencia de queja, el principio de *iura novit curia* informa al juzgador un deber de interpretación normativa, alejándolo de toda cuestión referida al mundo fáctico informado por las partes, negándole la posibilidad al juzgador de traer a colación hechos no alegados por los litigantes. El mismo Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente Nº 569-2003-AC/TC señala lo siguiente:

> "6. (…) Así, a diferencia de las situaciones resueltas sobre la base de la aplicación del principio de suplencia de queja deficiente, por

> aplicación del aforismo iura novit curia, el juez tiene el poder-deber de identificar el derecho comprometido en la causa, aun cuando no se encuentre expresamente invocado en la demanda. De este modo el juez, como director del proceso, dice el derecho antes de emitir sentencia (...), lo que no implica, en ningún caso, la modificación del objeto de la pretensión o de los términos de la demanda; es decir, que ello no puede suponer fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes".

Lo propio ocurre con el principio *pro actione*, que tiene una connotación referida al análisis de la exigencia de requisitos de procedencia de escritos judiciales, el mismo que no colisiona con el *iura novit curia*, que tiene relación con la aplicación del derecho al caso concreto.

2. Los principios de suplencia de queja y *pro actione* y el derecho de contradicción

Devis Echandía[19], refiriéndose a la contradicción, la define como el derecho a obtener la decisión justa del litigio que se le plantea al demandado o acerca de la imputación que se le formula al imputado o procesado, mediante la sentencia que debe dictarse en ese proceso, luego de tener oportunidad de ser oído en igualdad de circunstancias, para defenderse, alegar, probar e interponer los recursos que la ley procesal consagre. Señalando, además, el referido autor, citando a Couture, que ni siquiera la ley pude desconocer este derecho, pues sería inconstitucional.

Como se puede apreciar, uno de los derechos más importantes o trascendentes dentro de un proceso judicial es la capacidad otorgada a las partes de poder contradecir los argumentos o alegatos esgrimidos por la parte contraria, extendiéndose esta capacidad, inclusive, al ámbito probatorio. Así, un proceso judicial se construye sobre los cimientos de lo peticionado por el demandante (pretensión o *petitum*) y los argumentos que sostiene la pretensión (*causa petendi*), a lo que debe de agregarse las contradicciones efectuadas por la contraparte y sus argumentos de defensa referidos justamente a la pretensión demandada y la *causa petendi*[20].

---

(19) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general del proceso.* Tomo I, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984, p. 222.

(20) Al respecto, MONROY GÁLVEZ. *Introducción al proceso civil*. Tomo I, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1996, pp. 271-275: Señala que existen dos tipos de pretensiones: la material y la procesal. La material es un acto por medio del cual se exige la satisfacción de un interés con relevancia jurídica de manera extrajudicial; y, si es que dicha pretensión material no es satisfecha, su titular puede, utilizando el derecho de acción, convertirla en una pretensión procesal, la que no es otra cosa que la manifestación de la voluntad por la que un sujeto de derechos exige algo a otro a través del Estado, concretamente utilizando sus órganos especializados en la solución de conflictos (Poder Judicial). El citado autor señala, refiriéndose a la estructura interna de la pretensión procesal como el núcleo de la demanda y el elemento

En consecuencia, si el órgano jurisdiccional no aplica de manera correcta los alcances del principio de suplencia de queja, se presentarán inconvenientes dentro del proceso que pueden lesionar el derecho de contradicción.

En efecto, si es que un juzgador invoca el principio de suplencia de queja al momento de sentenciar y varía la pretensión procesal o la *causa petendi* que han sido analizadas y discutidas a lo largo del proceso y trata aspectos que no fueron materia de discusión por las partes, entonces se presentará una transgresión al derecho de contradicción. Nos explicamos, en caso un juzgador al momento de sentenciar descubre que hay aspectos señalados por la parte demandante que no fueron materia de contradictorio o no fueron definidos dentro del proceso como hechos necesitados de prueba y se pronuncia sobre los mismos, entonces podría lesionar el derecho de contradicción de la contraparte. Por ejemplo: un trabajador demanda la reposición en su puesto de trabajo al haber sido objeto de un despido nulo por discriminación. Dentro de los fundamentos de hecho, señala que celebró con su empleador contratos de trabajo sujetos a la modalidad de incremento de actividades por un plazo de dos años, sin hacer mención alguna a la desnaturalización de los referidos contratos, centrando su argumentación en el punto referido a la discriminación. La empresa demandada contesta la demanda indicando que en efecto mantuvo una relación laboral con el demandante para lo cual se celebraron contratos de incremento de actividades y que respecto del fondo del asunto, no procede declarar la nulidad del despido, dado que el demandante no fue cesado por motivos discriminatorios, sino que el motivo de la desvinculación fue por vencimiento del contrato sujeto a la modalidad de incremento de actividades.

En el ejemplo señalado, el juzgador no advierte el hecho de la desnaturalización del contrato de trabajo, sino hasta el momento de sentenciar. En este caso, si es que decide aplicar el principio de suplencia de queja al caso concreto al percatarse de la posible existencia de una desnaturalización del contrato de trabajo, lo que deberá hacer es otorgar a la parte demandada un plazo razonable para aclarar este asunto; pero, a nuestro entender, no podría resolver la controversia en ese momento trayendo este extremo de la desnaturalización del contrato de trabajo como fundamento de su sentencia, al no haber conocido por lo menos los argumentos de defensa de la parte demandada.

---

central de la relación procesal, la misma que se encuentra conformada por la fundamentación jurídica y los fundamentos de hecho, ambos conocidos con el nombre genérico de *causa petendi*. Adicionalmente a ello, dentro de la estructura interna de la pretensión procesal se encuentra el denominado *petitum* que no es otra cosa que el pedido concreto, aquello que en el campo de la realidad es la declaración que el pretensor requiere del órgano jurisdiccional.

Nótese que en el ejemplo propuesto el demandante no hizo mención alguna a la desnaturalización del contrato de trabajo al momento de plantear su demanda, por lo que este hecho no fue contradicho por la parte demandada; y si bien es cierto es un punto importante para resolver el caso, el juzgador debió advertir este hecho al momento de precisar las pretensiones(21), otorgándole a la demandada la oportunidad de contradecir este extremo; pero no podrá el juzgador introducir este hecho al proceso y resolverlo si es que previamente no otorga a la parte contraria un plazo para que efectúe sus descargos respecto al punto específico.

Así, no se presentará contravención al derecho de defensa si es que el juez otorga a la contraparte un plazo para que ejerza su derecho de contradicción sobre dicho extremo.

Debemos señalar que en reiteradas oportunidades el TC ha hecho uso del principio de suplencia de queja y ha analizado asuntos que no fueron sometidos al contradictorio, como es el caso de la STC Exp. Nº 2148-2010-PA/TC anteriormente citada, en donde la pretensión demandada era la reposición en atención a que la demandante fue despedida por estar embarazada, señalando la parte demandada que el cese se debió al vencimiento del contrato de trabajo y que nunca tuvo conocimiento del estado de gestación de la demandante, lo cual fue demostrado en el proceso, habiendo advertido el TC que no existe en autos medio probatorio alguno que demuestre que la empresa tuvo conocimiento del estado de la demandante; pero, en aplicación del principio de suplencia de queja analizó la desnaturalización de los contratos de trabajo celebrados por las partes, llegando a la conclusión de que los mismos se habían desnaturalizado, sin haber sido ello objeto de discusión en el proceso.

Consideramos que si ese caso hubiera tenido un tránsito en un proceso ordinario laboral, el juzgador tendría la obligación de solicitar a la parte demandada sus descargos respecto de este punto, en aplicación del principio de suplencia de queja, para luego de ello proceder a resolver la controversia.

Respecto al principio *pro actione*, no encontramos contraposición alguna con el derecho de contradicción, dado que el principio *pro actione* informa sobre temas referidos a la procedencia de recursos y no a aspectos que tengan relación alguna con el derecho de contradicción.

---

(21) El numeral 3 del artículo 43 de la NLPT señala lo siguiente: "Audiencia de conciliación.- La audiencia de conciliación se lleva a cabo del siguiente modo: (…) 3. En caso de haberse solucionado parcialmente el conflicto, o no haberse solucionado, el juez precisa las pretensiones que son materia de juicio; requiere al demandado para que presente, en el acto, el escrito de contestación y sus anexos; entrega una copia al demandante; y fija día y hora para la audiencia de juzgamiento, la cual debe programarse dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes, quedando las partes notificadas en el acto".

VI. REFLEXIONES CRÍTICAS A LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE SUPLENCIA DE QUEJA Y *PRO ACTIONE* EN EL PROCESO NORMADO POR LA NLPT

Como hemos podido apreciar, los principios de suplencia de queja y *pro actione*, pese a que vienen importados del Derecho Procesal Constitucional, no tienen inconvenientes ni presentan contravenciones con otros principios propios del proceso laboral, si es que se aplican conforme a los lineamentos antes indicados.

Pero, existen algunas consideraciones que deben estar presentes al momento de utilizar estos principios en materia laboral. Veamos:

- Con la aplicación del principio de suplencia de queja, los jueces laborales, deberán suplir obligaciones propias de la parte demandante, asumiendo en tal virtud cargas que corresponden a dicha parte procesal, como lo son el verificar si es que la pretensión está acorde con la *causa petendi*, diseñar la estrategia procesal, pedir pruebas de oficio en caso no las haya pedido el demandante y resolver el caso creado por él mismo, perdiendo de esta forma la imparcialidad de la que debe estar premunido.

- La aplicación del principio de suplencia de queja puede ocasionar un efecto perverso en los profesionales que brindan defensa a los trabajadores, dado que con la aplicación de este principio se estaría estimulando la falta de estudio o preparación de los abogados respecto a las causas que patrocinan, atribuyendo al juez la responsabilidad de un eventual fallo en contra de sus intereses en caso el proceso sea desestimado.

- La aplicación del principio de suplencia de queja puede ocasionar una vulneración del derecho de contradicción, si el juzgador no lo aplica de manera eficiente, esto es, cuidando que no se perjudique el derecho de defensa de las partes.

- En la aplicación del principio *pro actione* en procesos ordinarios, se pone a los magistrados laborales en un dilema: aplicar la norma procesal laboral que ordena la observancia de ciertos requisitos frente a una relativización de los mismos en pro del proceso. No debe perderse de vista que los requisitos de procedencia exigidos en

las normas procesales no están colocados en ellas por capricho del legislador, sino que realmente resultan necesarios para la estructura misma del proceso y a efectos de evitar nulidades o entrampamientos futuros del proceso.

VII. CONCLUSIONES

1. La aplicación de los principios de suplencia de queja y *pro actione*, tienen como misión principal procurar el goce de un acceso a la justicia alejado de preceptos procesales rígidos que se encuentran contenidos en las normas adjetivas.

2. Los jueces, como directores del proceso, tienen una participación activa en la aplicación de estos principios; pero, deben cuidar no contravenir derechos de los litigantes, como el de defensa o de contradicción.

3. La efectiva participación del juez en la aplicación de estos principios no puede excederse hasta el extremo de suplir las obligaciones y deberes que tiene las partes en el proceso, cuidando no variar la real pretensión solicitada ni los hechos que la sustentan.

4. Los principios de suplencia de queja y *pro actione* no ponen en la cabeza de los magistrados la obligación de que la parte demandante logre un resultado favorable en el proceso, sino que procuran alcanzar la emisión de una decisión judicial pasando por alto ciertos lineamientos exigidos por las normas procesales, privilegiando el fondo sobre la forma.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABAD YUPANQUI, Samuel. *El proceso constitucional de amparo*. 1ª ed., Lima, 2004.
2. ABAD YUPANQUI, Samuel. *Derecho Procesal Constitucional*. 1ª ed., Lima, 2004.
3. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 1ª reimp., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2010.
4. ALONSO OLEA, Manuel. *Derecho Procesal del Trabajo*. 10ª ed., Civitas, Madrid, 1999.
5. BOREA ODRÍA, Alberto. "Evolución de las garantías constitucionales". En: *Exposición de motivos del anteproyecto de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo*.

6. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales - Elementos para una teoría general*. 3ª ed., Palestra Editores, Lima, 2007.

7. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. 3ª ed., Ara Editores, Lima, s/f.

8. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.

9. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General del Proceso*. Tomo I, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984.

10. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1995.

11. MONROY GÁLVEZ. *Introducción al proceso civil*. Tomo I, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1996.

12. MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al proceso laboral*. 4ª ed., José María Bosch editor, Barcelona, 1997.

13. MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Curso de procedimiento laboral*. 7ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2005.

14. PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Fundamentos del Derecho Procesal del Trabajo*. 2ª ed., Editora Aele, 1997, Lima.

15. PRIORI POSADA, Giovanni. *Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. ARA Editores, Lima, 2011.

16. SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. "Derecho Constitucional del Trabajo, Relaciones de Trabajo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. 1ª ed., Lima, 2007.

17. AA.VV. *Estudios sobre la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Jurista editores, Lima, s/f.

18. AA.VV. *Justicia y doctrina constitucional laboral*. Palestra editores, Lima, 2006.

19. AA.VV. *La Procedencia en el Proceso de Amparo*. Gaceta Jurídica, Lima, 2012.

20. AA.VV. *Libro del II Congreso Nacional de la SPDTSS*. Arequipa, 2006.

21. AA.VV. *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*. SPDTSS, Lima, 2004.

LA REDUCCIÓN DE LA REMUNERACIÓN DEL TRABAJADOR EN LA LEY Y LA JURISPRUDENCIA

Mónica Pizarro Díaz[1]

El presente trabajo tiene como propósito revisar una materia sobre la cual parecía haberse alcanzado un consenso en la jurisprudencia y la doctrina nacionales, la posibilidad de reducir la remuneración del trabajador por la vía del acuerdo de partes (posibilidad admitida) o del acto unilateral del empleador (acto considerado inválido. Esta revisión se hace necesaria debido a las sentencias expedidas en los últimos años por el Tribunal Constitucional y por la Corte Suprema de Justicia de la República que han introducido nuevas interpretaciones con relación a estos temas y que, como veremos, han colocado a nuestro sistema de relaciones laborales en una situación de incertidumbre jurídica.

I. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES Y LEGISLATIVOS

Hasta hace poco, en el sistema legal peruano prácticamente no existía controversia respecto a la legalidad de la reducción de la remuneración del trabajador[2], siempre y cuando se cumpliesen tres condiciones[3]: (i) se celebre un

(1) Profesora contratada de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Asociada Principal del Estudio Echecopar.

(2) Al respecto puede verse: "La reducción de la remuneración y el principio de irrenunciabilidad de derechos". En: AA.VV. *Los principios del derecho del trabajo en el Derecho peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2004, pp. 135-151.

(3) PACHECO ZEGARRA, Luz. "Características de la irrenunciabilidad de los derechos laborales en Perú y en el Derecho comparado". En: *Revista Trabajo y Seguridad Social*. Nº 9, Universitas, Buenos Aires, setiembre de 2011, p. 660.

acuerdo por escrito con el trabajador en el cual él acepte voluntariamente esta reducción; (ii) no afecten remuneraciones o beneficios devengados en periodos anteriores al pacto y; (iii) no se afecten los derechos mínimos del trabajador establecidos por la Ley o el convenio colectivo aplicable (por ejemplo: no se pacte una remuneración inferior a la mínima vital, no se elimine la gratificación de Fiestas Patrias o no se desconozca un incremento general pactado por convenio colectivo)[4].

En efecto, de acuerdo a la legislación considerada vigente, se ha venido interpretando que la reducción de remuneraciones puede efectuarse con acuerdo del trabajador, como se desprende del texto de la Ley Nº 9463, de acuerdo con la cual:

> "**Artículo único.- La reducción de remuneraciones aceptadas por un servidor**, no perjudicará en forma alguna los derechos adquiridos por servicios ya prestados, que le acuerdan las Leyes Nºs 4916, 6871 y 8439, debiendo computársele las indemnizaciones por años de servicios de conformidad con las remuneraciones percibidas, hasta el momento de la reducción. Las indemnizaciones posteriores se computarán de acuerdo con las remuneraciones rebajadas.
>
> En el caso de servidores a comisión, se les computarán las indemnizaciones tomándose el promedio que arroje el periodo de tiempo comprendido entre los cuarenta y ocho meses anteriores a la reducción" (el resaltado es nuestro).

Si bien la norma citada no indica expresamente que "pueden celebrarse acuerdos de reducción de remuneraciones", **resulta claro que al regular las consecuencias de estos acuerdos los admite como válidos, permitiendo su suscripción**.

Cabe precisar que, pese a su antigüedad, la Ley Nº 9463 no ha sido objeto de derogación expresa y la Corte Suprema de Justicia de la República venía ratificando su vigencia en más de una sentencia casatoria:

> "(...) la posibilidad de reducir las remuneraciones a nivel individual está autorizada incluso por la Ley número nueve mil cuatrocientos

(4) Adicionalmente, deberá admitirse que, para resultar válida, la celebración de acuerdos de reducción de remuneraciones no podrá traer como resultado una afectación al principio de igualdad, estableciendo remuneraciones distintas para trabajadores que realizan trabajos de igual valor y respecto de los cuales no existe otra causa objetiva y razonable que justifique la diferenciación.

> sesenta y tres, siempre que medie aceptación del trabajador, es decir, que haya un acuerdo bilateral" (Cas. Nº 2914-97, del 14 de abril de 1999).
>
> "(...) de una interpretación literal (del artículo Único de la Ley nueve mil cuatrocientos sesentitrés) se puede establecer con meridiana claridad que nuestro ordenamiento jurídico laboral desde mil novecientos cuarentiuno, permitía que los trabajadores pudiesen aceptar una rebaja de remuneraciones en la medida que esta sea pactada expresamente por el trabajador, tal como sucede en el caso de autos (...)" (Cas. Nº 863-02, publicada el 31 de octubre de 2005).

En forma similar, en la Resolución de fecha 21 de mayo de 2004, recaída en el Exp. Nº 009-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional precisaba que:

> "(...) 3. En cuanto a la rebaja de remuneraciones, con las boletas de pago obrantes de fojas 11 a 15 de autos, ha quedado acreditado que el actor siguió percibiendo la misma remuneración que recibía como Asesor de Gerencia General hasta el mes de diciembre de 1999, y que la referida reducción se sustenta en el convenio suscrito con fecha 25 de octubre de dicho año. Al respecto, la posibilidad de reducir las remuneraciones está autorizada expresamente por la Ley Nº 9463, del 17 de diciembre de 1941, siempre que medie aceptación del trabajador (...)".

Según se desprende de las sentencias citadas, tanto la Corte Suprema de Justicia de la República como el Tribunal Constitucional venían reconociendo la validez de acuerdos de reducción de remuneraciones celebrados con el consentimiento de los trabajadores involucrados y ratificando la vigencia de la Ley Nº 9463.

Esta posición ha sido además compartida por la doctrina. En efecto, con relación a la posibilidad de celebrar convenios de reducción de remuneraciones Gonzáles Hunt ha indicado que:

> "(...) si admitimos la existencia de beneficios y remuneraciones disponibles, hemos de admitir que debe existir algún mecanismo por el cual dicha disposición pueda ser llevada a cabo; mecanismo que, a nuestro parecer, es típicamente el convenio de reducción de beneficios"[5].

(5) GONZÁLES HUNT, César. Ob. cit.

En cambio, se consideraba que la reducción de la remuneración, posible por la vía del convenio, no resultaba válida por decisión unilateral del empleador, al constituir un acto calificado como transgresor de los límites del poder de dirección.

Al respecto, resulta oportuno recordar que el artículo 9 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, aprobada mediante Decreto Supremo Nº 003-97-TR (LPCL), recoge la facultad del empleador de modificar unilateralmente ciertos elementos del contrato de trabajo. Facultad que es conocida como *ius variandi*(6). Sin embargo, como también indica la referida norma, esta facultad está sujeta a algunos límites propios del Derecho del Trabajo, como la razonabilidad, el legítimo interés del empleador y el respeto de los elementos esenciales del contrato de trabajo, entre los cuales se cuenta precisamente la remuneración. Así, se entendía que una modificación unilateral de la remuneración en perjuicio del trabajador(7) no sería considerada un acto de *ius variandi*, sino una alteración del empleador(8).

Por esta razón, se ha indicado que "el empleador (...) no puede disminuir beneficios y remuneraciones establecidos en el contrato de trabajo, debido a que su facultad para modificar unilateralmente el contrato (*ius variandi* y facultad premial) no le permite efectuar estas disminuciones, ni siquiera en los casos en los cuales existan razones de índole económica que las puedan justificar(9)".

Por su parte, el Tribunal Constitucional había indicado expresamente el empleador no se encuentra facultado para reducir las remuneraciones de manera unilateral, como se aprecia en el texto de la siguientes Resolución(10):

---

(6) Como indica Toyama: "los actos que califican dentro del denominado *ius variandi*, (…) son aquellos aspectos que suponen una variación unilateral, no sustancial, no esencial de las condiciones de trabajo". TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "Los contratos de trabajo y otras instituciones del Derecho Laboral". En: *Soluciones Laborales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 222.

(7) Las modificaciones de la remuneración de manera unilateral en beneficio del trabajador no son consideradas un acto de alteración, sino un ejercicio de la facultad premial del empleador. Al respecto, hemos indicado que: "(...) esta facultad se encuentra restringida al ejercicio regular del poder de dirección que incluye la facultad premial del empleador y al cumplimiento de su deber genérico de protección. En este sentido, el empleador podrá otorgar unilateralmente incrementos remunerativos o gratificaciones que se encuentren vinculadas causalmente con el contrato de trabajo, es decir, que sean contraprestativas y no liberales, o que tengan una finalidad asistencial". PIZARRO DÍAZ, Mónica. *La remuneración en el Perú. Análisis jurídico laboral*. Estudio Gonzáles y Asociados, Lima, 2006. p. 82.

(8) "(...) los actos que califican como alteración del empleador (…) son modificaciones esenciales, sustanciales y que el empleador no los puede ejecutar en forma arbitraria (...)". Ídem.

(9) GONZALES HUNT, César. Ob. cit., p. 147.

(10) Si bien en esta Sentencia el Tribunal Constitucional se equivoca al vincular la invalidez de la reducción unilateral de las remuneraciones con el principio de irrenunciabilidad de derechos (ello en la medida en que un acto del empleador no puede constituir en ningún caso una de renuncia respecto de los derechos de los cuales el trabajador es titular), para estos efectos resulta relevante anotar que la posición del Tribunal se orientaba a no admitir esta clase de rebajas remunerativas.

> "Los recurrentes sostienen que la entidad emplazada ha procedido a reducir unilateralmente el monto de sus remuneraciones a partir del mes de julio del año 2003. Al contestar la demanda, el apoderado del Gobierno Regional de La Libertad no ha negado expresamente esa afirmación; por otro lado, las instrumentales de fojas 24 y siguientes, no impugnadas por aquel, corroboran que las remuneraciones de los demandantes sufrieron disminución en su monto, situación que atenta contra el derecho a la intangibilidad de las remuneraciones y el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución (art. 26, inc. 2) y la ley" (STC Exp. Nº 4188-2004-AA/TC).

Adicionalmente, el propio Tribunal no había contemplado la posibilidad de que el artículo 30 de la LPCL, sobre el que volveremos más adelante, permitiese al empleador llevar a cabo reducciones de remuneraciones de manera unilateral cuando existiese una causa justificada. Por el contrario, el Colegiado se había limitado a señalar que una interpretación a contrario de esta norma, debía llevar a admitir que la reducción de la remuneración por acuerdo de partes era posible:

> "En cuanto a la rebaja de remuneraciones, con las boletas de pago obrantes de fojas 11 a 15 de autos, ha quedado acreditado que el actor siguió percibiendo la misma remuneración que recibía como Asesor de Gerencia General hasta el mes de diciembre de 1999, y que la referida reducción se sustenta en el convenio suscrito con fecha 25 de octubre de dicho año. Al respecto, la posibilidad de reducir las remuneraciones está autorizada expresamente por la Ley Nº 9463, del 17 de diciembre de 1941, siempre que medie aceptación del trabajador. Igual situación es contemplada, contrario sensu, por el artículo 30, inciso b), del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, aprobado por Decreto Supremo Nº 003-97-TR, y el artículo 49 de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 001-96-TR, que consideran la reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría como acto de hostilidad equiparable al despido" (STC Exp. Nº 009-2004).

Así, del texto de la sentencia transcrita podía interpretarse que, a criterio del Tribunal Constitucional, toda reducción de remuneraciones que no se llevase a cabo por acuerdo de partes, constituía una reducción inmotivada de la remuneración y, por ende, podía ser calificada como un acto de hostilidad equiparable al despido.

II. EL CUESTIONAMIENTO DE LOS ACUERDOS DE REDUCCIÓN DE REMUNERACIONES

De lo indicado en el punto precedente tenemos que tanto a nivel de la jurisprudencia como de la doctrina se venía admitiendo de manera consistente que la reducción de remuneraciones, por acuerdo de partes, era legalmente posible, pero que la reducción decidida unilateralmente por el empleador, aún justificada en una causa objetiva, no resultaba válida.

En estas circunstancias, la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, emitió una sentencia contraria a pronunciamientos anteriores de esta misma instancia judicial, proscribiendo la posibilidad de suscribir acuerdos de reducción de remuneraciones (aun respetando los mínimos legales y el principio de igualdad) por considerar que la Ley Nº 9463 no estaría vigente al haber sido supuestamente derogada tácitamente por la Constitución de 1979.

En efecto, en la Casación Nº 1781-2005-Lima[11] (fechada el 21 de marzo de 2007) se resolvió que la Ley Nº 9463, que como hemos visto establece la posibilidad de reducir remuneraciones previo acuerdo con el trabajador, no resultaba aplicable al caso concreto al considerar que si bien esta norma no ha sido derogada expresamente, debe ser confrontada con el texto constitucional. En tal sentido, la Corte indicó que la mencionada Ley contravendría lo señalado en el artículo 26.2 de la Constitución, que consagra el principio de irrenunciabilidad de derechos; y lo dispuesto en el artículo 23 del texto constitucional que señala que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni rebajar la dignidad del trabajador.

Este criterio fue reiterado por la Casación Nº 3298-2009-Callao[12] (fechada el 7 de julio de 2010), en la cual, esta vez la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, indicó nuevamente que la Ley Nº 9463

(11) "(...) la Ley Nº 9463 no resulta aplicable al caso concreto en tanto la Constitución de mil novecientos setenta y nueve la derogó tácitamente, al proteger de manera adecuada los derechos laborales de los trabajadores, por lo que el pacto de reducción de remuneraciones debe ser analizado de acuerdo a las circunstancias".

(12) "(...) con relación a la Ley Nº 9463 (...) su aplicación no puede efectuarse sin considerar las normas constitucionales vigentes, en particular el artículo 26 de la Constitución Política del Estado que establece en su inciso 2 el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley, norma que debe concordarse con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 23 de nuestra constitución que establece: 'Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o rebajar la dignidad del Trabajador', tanto más si a través de la Ejecutoria Suprema Nº 1781-2005 (...) se ha señalado que 'la Ley Nº 9463 no resulta aplicable al caso concreto en tanto la Constitución (...) la derogó tácitamente (...)'".

habría quedado derogada tácitamente con la consagración constitucional del principio de irrenunciabilidad.

Al respecto, somos de la opinión que lo indicado por la Corte Suprema de Justicia no solo se aparta sin ninguna justificación de un criterio jurisprudencial previamente establecido y de la opinión del Tribunal Constitucional, sino que cae en una interpretación incorrecta del principio de irrenunciabilidad de derechos y de lo que implica rebajar la dignidad del trabajador, como explicaremos más adelante.

Con posterioridad a la emisión de estas dos cuestionables resoluciones, la Corte Suprema de Justicia de la República emitió una nueva Resolución, publicada el 31 de agosto de 2011, en la cual utilizó una interpretación distinta, indicando que la Ley Nº 9463 sí se encontraría vigente. Así, en dicha oportunidad la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema validó una resolución de segunda instancia en la cual se había determinado que si bien el demandante había aceptado formalmente su rebaja de remuneraciones al suscribir nuevos contratos no se había acreditado la existencia de la causa objetiva alegada por la empresa para la suscripción de dichos, consistente en un déficit económico ocasionado por razones de fuerza mayor (Cas. Nº 1282-2010-Piura).

Es decir, en esta oportunidad la Sala Suprema admite la vigencia de la Ley Nº 9463, pero restringe su aplicación a aquellos casos en los cuales la reducción acordada se origine en causa objetiva, ello atendiendo a la desigualdad existente entre el trabajador y el empleador.

1. Los convenios de reducción de remuneraciones que respetan los mínimos legales y convencionales no afectan el principio de irrenunciabilidad de derechos

El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales, ha sido recogido en el numeral 2 del artículo 26 de la Constitución, el cual indica que en la relación laboral se respeta "el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley". Como ha indicado Neves, "el principio de irrenunciabilidad de derechos es justamente el que prohíbe que los actos de disposición del titular de un derecho recaigan **sobre derechos originados en normas imperativas**, y sanciona con invalidez la transgresión de esta regla"[13] (el resaltado es nuestro).

(13) NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Ara Editores, Lima, 1997, p. 109.

Si bien la Constitución establece únicamente que el principio de irrenunciabilidad de derechos opera respecto de derechos nacidos en la Constitución o la Ley, a partir de una interpretación sistemática de la Constitución Laboral, que reconoce la fuerza vinculante de la convención colectiva, se admite que: "La irrenunciabilidad opera respecto de los derechos de los cuales el trabajador es titular. Esos derechos pueden tener por fuente a la ley o al convenio colectivo"(14).

Así, para determinar cuáles son las remuneraciones y beneficios sociales afectados por el principio de irrenunciabilidad, resulta útil recurrir al cuadro presentado por Gonzáles Hunt(15):

Fuente de la remuneración	Aplicación del principio de irrenunciabilidad
Norma legal imperativa (derecho necesario mínimo, máximo o absoluto).	Sí
Norma legal dispositiva.	No
Cláusula normativa del convenio colectivo que no establece expresamente su carácter dispositivo.	Sí
Cláusula normativa del convenio colectivo que establece expresamente su carácter dispositivo	No
Contrato de trabajo	No
"Voluntad unilateral del empleador"	No
Costumbre	No

De lo anterior tenemos que, son irrenunciables los derechos nacidos de la Constitución, de las normas legales de carácter imperativo y de las cláusulas normativas del convenio colectivo que también tengan tal carácter. En cambio, no son irrenunciables los derechos nacidos del contrato de trabajo, de la decisión unilateral del empleador o de la costumbre. Por lo tanto, resulta claro que un acuerdo de reducción de remuneraciones, a través del cual se modifiquen beneficios que surgieron del acuerdo de las partes, de la decisión del empleador o de la práctica reiterada no puede afectar el principio de irrenunciabilidad, toda vez que no podría tratarse de derechos irrenunciables.

(14) FERRO DELGADO, Víctor. "El principio de irrenunciabilidad en la interpretación constitucional". En: AA.VV. *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, 2004, p. 159.

(15) Ibídem, p. 146.

En consecuencia, **debe admitirse que la Ley Nº 9463 (que no permite rebajar las remuneraciones por debajo de los mínimos legales o convencionales) no genera ningún tipo de conflicto con el principio de irrenunciabilidad de derechos**. Por lo tanto, consideramos que es inadecuado sostener que el reconocimiento constitucional de este principio haya ocasionado la derogación tácita de la norma

2. Los convenios de reducción de remuneraciones no implican una afectación a la dignidad del trabajador

Como lo señala Blancas Bustamante, el concepto de dignidad de la persona humana es un principio rector en nuestro ordenamiento jurídico pues, en sus palabras, "(…) en el mundo del Derecho (…) se traduce en la formulación de un valor superior, una norma de derecho objetivo o un principio rector o general, cuya función consiste en informar el conjunto del ordenamiento jurídico, dotarlo de sentido y servir de pauta interpretativa (…)"[16].

Así, "la dignidad aparece como una condición inherente a la naturaleza humana, esta idea –no obstante ser tautológica– tiene el mérito de destacar el carácter universal igualitario y pre político de la dignidad humada"[17].

Conforme a ello, durante el desarrollo de las relaciones de trabajo se deberá salvaguardar la dignidad del trabajador, asegurándose que cualquier decisión adoptada por el empleador o acuerdo de las partes respete esta característica intrínseca del ser humano. Por ende, la libertad contractual que existe de manera limitada en el ámbito del contrato de trabajo deberá ser ejercida evitando que el trabajador sea instrumentalizado, esto es, que sea entendido como un objeto o medio para la obtención del fin empresarial en detrimento del valor inherente que ostenta en su calidad de persona.

Por ello, Blancas Bustamante, citando el contenido de la sentencia del Tribunal Constitucional expedida con fecha 3 de enero del año 2003 sobre el Exp. Nº 0010-2002-AI/TC, señala que "(...) 'en ningún caso puede ser permitido desconocer la personalidad del individuo y, por ende, su dignidad (...)' ello en razón de que la dignidad 'constituye un mínimo inalienable que todo ordenamiento debe respetar, promover y defender' (...)[18]".

---

(16) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Derechos Fundamentales de la Persona y Relación de Trabajo*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2007. p. 251.

(17) GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter y SOSA SACIO, Juan Manuel. "La dignidad de la persona (comentario al artículo 1 de la Constitución Política del Perú". En: AA.VV. *La Constitución Comentada*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2013. p. 30.

(18) Ídem.

Conforme a lo señalado, consideramos que para que una acción del empleador sea reputada como una que vulnera la dignidad del trabajador, esta debiera implicar alguna afectación denigrante del mismo, atentatoria en su calidad de ser humano, como pudiese ser, por ejemplo, encargar funciones que atenten contra la moral, pactar condiciones que linden con el trabajo forzoso, entre otros.

En atención a lo expuesto, a nuestro entender, la reducción de las remuneraciones, en tanto no vulnere el imperativo que obliga al otorgamiento de la Remuneración Mínima Vital y los demás beneficios legales, no significará de ningún modo una afectación a la existencia humana digna y, por lo tanto, no debiera reputarse como una acción que implica la afectación de la dignidad del trabajador como ser humano.

3. La necesidad de justificar la rebaja de remuneraciones en una causa objetiva

Según hemos visto en los puntos anteriores mediante Cas. Nº 1282-2010-Piura, la Corte Suprema de Justicia de la República abandonó la interpretación que venía sosteniendo referida a la supuesta derogación tácita de la Ley Nº 9463 y ratificó su vigencia, aunque agregando que la reducción de remuneraciones acordada por las partes debe estar justificada en una causa objetiva.

Al respecto, somos de la opinión que resulta razonable que en aplicación del principio protector, se exija por vía jurisprudencial un elemento objetivo que justifique la rebaja de remuneraciones. En este punto, conviene recordar que:

> "El principio protector se refiere al criterio fundamental que orienta el derecho del trabajo, ya que este, en lugar de inspirarse en un propósito de igualdad, responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes: el trabajador.
>
> Mientras que en el derecho común, una preocupación constante parece ser asegurar la paridad jurídica entre los contratantes, en el derecho laboral la preocupación central parece ser la de proteger a una de las partes para lograr, mediante esa protección, que se alcance una igualdad sustantiva y real entre las partes"[19].

Es decir, el principio protector ha sido construido para contrarrestar la habitual desigualdad entre el trabajador y el empleador, que podría traer como correlato

(19) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*. 3ª ed., De Palma, Buenos Aires, 1998, p. 61.

que el trabajador aceptase condiciones laborales que le son desfavorables aun estando en desacuerdo.

Además, la interpretación según la cual se requiere de una causa objetiva para que la reducción de remuneraciones efectuada de mutuo acuerdo resulte válida resulta concordante con el artículo 30 de la LPCL, de acuerdo con el cual, para no ser calificada como un acto de hostilidad, la rebaja de remuneraciones debe ser motivada.

Ahora bien, el hecho de que la sentencia en cuestión aluda a una causa objetiva consistente en un hecho de fuerza mayor que ocasionó un déficit económico en la empresa, no implica que esta sea la única causa objetiva que podría justificar la rebaja de remuneraciones.

Sostenemos lo anterior debido a que consideramos que existen muchas otras causas objetivas y razonables que pueden justificar la rebaja de remuneraciones de un trabajador, sin implicar una afectación a su dignidad, ni un ejercicio abusivo de la posición de ventaja en la cual se encuentra regularmente el empleador frente a sus trabajadores. Así, por ejemplo, resulta razonable acordar la reducción de las remuneraciones y beneficios del personal cuando:

- Se desea prevenir que la empresa ingrese en una situación de déficit económico. Situación que puede haber sido originada por distintos motivos y no una únicamente por una causa de fuerza mayor.

- Es el común interés de las partes reducir la jornada de trabajo de manera sustantiva, como podría ocurrir en el caso de una persona que solicite pasar a laborar a tiempo parcial para conciliar su trabajo y su vida familiar.

- Se produce una rebaja de categoría consentida por el trabajador, que podría tener su origen en distintas razones, incluyendo el bajo rendimiento.

- Se desea modificar la estructura salarial en su conjunto, reduciendo algunos beneficios, pero incrementando otros.

Según se aprecia, existen múltiples razones objetivas que pueden justificar razonablemente que se acuerde una rebaja de remuneraciones o beneficios. En este sentido, somos de la opinión de que, si bien resulta apropiado que la jurisprudencia exija una causa objetiva para validar un acuerdo de reducción, el análisis de la razonabilidad de la misma debería efectuarse caso por caso.

III. LA ADMISIÓN DE LA REDUCCIÓN DE REMUNERACIONES DE MANERA UNILATERAL

Al contrario de lo que ocurre con la posibilidad de reducir las remuneraciones de los trabajadores mediante acuerdo de partes, que luego de haber sido proscrita en dos ocasiones, ha sido restringida por la jurisprudencia laboral a los casos en los que se presente una causa objetiva, la reducción unilateral de remuneraciones por parte del empleador, en principio rechazada por la jurisprudencia y la doctrina, parece haber sido admitida en una reciente sentencia del Tribunal Constitucional.

En efecto, al resolver la acción de inconstitucionalidad promovida contra la Ley Nº 29944, Ley de Reforma Magisterial, el Tribunal Constitucional ha indicado lo siguiente:

> "41. La redacción de la remuneración también puede ser adoptada por una decisión unilateral por parte del empleador, particular o el Estado mismo, es decir, sin aceptación previa del trabajador.
>
> 42. Esta posibilidad de reducción, aparte de la afectación de las planillas de pago por orden judicial (consentido en el fundamento 6 de la STC Exp. Nº 0818-2005-PA/TC), de otro lado, se encuentra contemplada en el derecho interno y resulta de la interpretación y aplicación a contrario sensu del artículo 30.b del Decreto Supremo Nº 003-97-TR y del artículo 49 de su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo Nº 001-96-TR, que consideran que la reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría es un acto de hostilidad equiparable al despido si es dispuesta por decisión unilateral del empleador que carezca de causa objetiva o legal. Desde esta perspectiva, resulta válida –en términos constitucionales– la reducción de la remuneración o de la categoría por decisión unilateral del empleador si es que posee una causa objetiva o legal.
>
> 43. Este colegiado ergo considera viable la reducción no consensuada de remuneraciones por causa objetiva y justificada, siempre que dicha disminución de haberes refleje la expresión de los motivos o razones por los que se procede a la reducción de la remuneración o la invocación de la regulación legal que la justifique.
>
> 44. De otro lado, requiere establecerse algunas condiciones para la utilización de esta medida excepcional. Puede estar referida a una serie de supuestas, entre las cuales se puede nombrar los siguientes:

- **Necesidad de cumplir los objetivos económicos y financieros**, que implica la reducción de la remuneración sustentada en la necesidad de reducir el déficit o la escasez a fin de garantizar la estabilidad y el equilibrio económicos del Estado –o en su caso de una empresa–, y exige que debe existir una relación directa entre la medida adoptada y la política o planificación económica perseguida. En suma, se trata de una medida excepcional que se encuentra constitucionalmente justificada en aquellos contextos especiales que generen un impacto económico negativo en la actividad desarrollada por el Estado o por la entidad privada que haga propicia la adopción de tales medidas a fin de evitar mayores perjuicios económicos.

- **Necesidad de una reorganización del personal**, que puede incluir la supervisión y reorganización debidamente justificada de la prestación de los servicios –públicos esenciales en caso de que sea el Estado– que brinda el empleador" (STC Exp. Nº 0020-2012-PI/TC).

Como se desprende de la sentencia citada, en esta oportunidad el Tribunal ha indicado que la reducción de remuneraciones sería posible **de manera excepcional** por decisión unilateral del empleador, con el único requisito de que la misma se apoye en una causa objetiva y razonable, la cual puede estar relacionada a la necesidad de cumplir objetivos económicos y financieros, a una necesidad de reorganización principal u otra de similar naturaleza. Para llegar a esta conclusión, el Colegiado se ha apoyado en una interpretación a contrario del artículo 30 de la LPCL y en el artículo 49 del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, de acuerdo con los cuales:

> "**Artículo 30.-** Son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes:
>
> (…)
>
> b. La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría;
>
> **Artículo 49.-** La reducción de remuneraciones o de categoría a que se refiere el inciso b) del artículo 63 de a Ley, es aquella dispuesta por decisión unilateral del empleador que carece de motivación objetiva o legal. En el caso de reducción de remuneración, no se configura la hostilidad por la parte de la remuneración cuyo pago está sujeto a condición".

Al respecto, bien ha advertido Pasco, que este articulado "abre la posibilidad a una reducción 'motivada', vale decir, justificada de la remuneración como de la categoría, lo que sería insólito(20)".

Es decir, es correcto que, conforme a la legislación laboral vigente, la reducción de remuneraciones efectuada por el empleador de manera motivada o justificada no sería calificada como un acto de hostilidad equiparable al despido. No obstante, Toyama ha sostenido que esta normativa únicamente traería como consecuencia el hecho de que el trabajador estuviese impedido de solicitar que se deje sin efecto esta decisión por la vía de la acción de cese de hostilidad o de darse por despedido por efecto de esta circunstancia, pero no implicaría automáticamente la validez de la decisión adoptada por el empleador. Textualmente el autor indica lo siguiente:

> "(…) conforme al literal b) del artículo 30 de la LPCL, son actos de hostilidad la reducción inmotivada de la remuneración. Al respecto, el artículo 49 del Reglamente de la LFE prevé que la reducción inmotivada supone una falta de causa objetiva o legal. De lo dicho, cuando exista una causal objetiva y se reduzca la remuneración por iniciativa del empleador, no estaremos ante un acto de hostilidad (que otorga al trabajador la posibilidad de resolver el contrato de manera indemnizada) pero sí ante un incumplimiento injustificado de obligaciones laborales que importa la posibilidad del trabajador de cuestionar el resultado de la rebaja salarial. Ante lo expresado, solamente cuando las normas legales lo permiten, es posible que exista una retención o rebaja de la remuneración y beneficios sociales del trabajador"(21).

Es decir, de acuerdo a esta interpretación; si bien, en el estado de la legislación vigente, la reducción de remuneraciones en forma unilateral amparada en una causa objetiva y razonable no debería ser considerado un acto de hostilidad, sí puede ser calificada como un incumplimiento contractual que podría dar lugar a una solicitud de reintegros por parte del trabajador, lo que en buena cuenta implica admitir que la reducción unilateral de remuneraciones aun justificada puede ser calificada un acto inválido susceptible de ser cuestionado por los trabajadores afectados.

---

(20) Citado por BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido en el Derecho Laboral peruano*. Jurista editores, Lima, 2013, p. 662.

(21) Ibídem, p. 362.

Con relación a este punto, nos parece contradictorio que se sostenga que la reducción de remuneraciones efectuada de manera unilateral que se encuentre debidamente motivada no será considerada un acto de hostilidad (lo que implica la imposibilidad de demandar el cese de la hostilidad), pero podrá dar lugar a un reintegro de remuneraciones. Efectivamente, en principio, si la reducción unilateral de la remuneración se encuentra debidamente motivada, la misma deberá ser calificada como válida y, por ende, no podrá dar lugar a la obtención de reintegros por parte del trabajador.

Así, consideramos que la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional de las normas referentes a la reducción de la remuneración como acto de hostilidad en la sentencia bajo comentario, resulta apropiada; ya que es verdad que estas normas habilitan a una reducción unilateral de las remuneraciones y beneficios cuando esta se encuentre debidamente motivada.

En este sentido, estimamos que lo central en este tipo de casos es establecer cuándo una reducción unilateral de la remuneración del trabajador será considerada "debidamente motivada". Al respecto, coincidimos con lo indicado por el Tribunal Constitucional, cuando afirma que el recurso a la reducción de la remuneración debe ser **completamente excepcional**. Por lo tanto, la motivación que se exija en estos casos debe ser mayor a la justificación objetiva que se requiere para validar una reducción de la remuneración celebrada por acuerdo de partes.

Como hemos podido ver la sentencia de la acción de inconstitucionalidad de la Ley de Reforma Magisterial, el Tribunal Constitucional ha considerado que esta justificación mayor puede encontrarse en una situación de crisis de la empresa que ponga en riesgo la subsistencia de los puestos de trabajo o en una reorganización destinada a garantizar la prestación de un servicio público esencial a la población. Según se observa, se trata pues de situaciones verdaderamente extraordinarias que justifican la adopción de medidas igualmente extraordinarias, como podría ser la reducción de las remuneraciones y beneficios de los trabajadores. Por lo tanto, resulta evidente que admitir la validez de la reducción unilateral de las remuneraciones de beneficios del personal no significa en ningún caso conceder carta blanca a los empleadores para llevar a cabo este tipo de acciones, toda vez que los mismos deberán someterse a un control especialmente exigente de la razonabilidad de la medida adoptada.

Sin perjuicio de que nos encontramos de acuerdo con las circunstancias extraordinarias que han sido identificadas por el Tribunal Constitucional como justificaciones suficientes a una reducción unilateral de remuneraciones, estimamos que debería agregarse a esta lista de justificaciones admisibles el retiro de confianza

que origina que el trabajador deba ser repuesto en el último puesto ordinario que ocupó antes de ser promovido al cargo de confianza.

Con relación a esto último, debe recordarse que el Tribunal Constitucional ha establecido en reiterada jurisprudencia que, cuando se produce el despido de un trabajador de confianza que antes fue trabajador ordinario, este tiene derecho a ser repuesto en el último puesto ordinario ocupado, siendo lógico que en este caso se le asigne también la remuneración correspondiente a ese último puesto ordinario[22].

IV. CONCLUSIONES

1. Resulta preocupante que la Corte Suprema de Justicia de la República haya aplicado un criterio errado que proscribe la reducción de remuneraciones por acuerdo de partes y que alude a la derogación tácita de la Ley Nº 9463, la que se encuentra vigente. Sin embargo, debe destacarse que este criterio fue modificado posteriormente admitiéndose la vigencia de la Ley Nº 9463, pero limitando su aplicación a los supuestos en los cuales se presente una causa objetiva que justifique la reducción de remuneraciones.

2. La exigencia de una causa objetiva que justifique la reducción de remuneraciones resulta conforme a la aplicación del principio protector. No obstante, no es adecuado establecer una lista cerrada de causas objetivas, siendo lo apropiado realizar un análisis caso por caso de la razonabilidad de la medida.

3. Si bien en el proceso correspondiente a la acción de inconstitucionalidad presentada contra la Ley de Reforma Magisterial el Tribunal Constitucional ha indicado que el empleador está en posibilidad de reducir unilateralmente las remuneraciones cuando cuente con una causa objetiva que justifique esta decisión, debe anotarse que esta posibilidad está restringida a casos absolutamente extraordinarios vinculados a la subsistencia de la empresa o la satisfacción de necesidades públicas; supuestos a los que consideramos debe agregarse el retiro de confianza.

(22) Discrepamos aquí con lo resuelto recientemente por la Corte Suprema en la Casación Nº 3636-2010-Cusco, en la cual se ha afirmado que la carrera ascendente del trabajador hasta alcanzar la condición de confianza justificaría que este haya incorporado a su patrimonio de derechos subjetivos un estatus remunerativo laboral y su correlato de estatus social, que no podría ser quebrantado por el empleador a causa del retiro de confianza.

TRATAMIENTO JUDICIAL DEL DESPIDO INCAUSADO Y DESPIDO FRAUDULENTO, Y LA PROBLEMÁTICA DE LA COMPETENCIA DEL JUZGADO DE PAZ LETRADO, AL INFLUJO DEL II PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL 2014

Omar Toledo Toribio[1]

I. INTRODUCCIÓN

Los días 8 y 9 de mayo de 2014, se realizaron las sesiones del II Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral 2014 (en adelante, II Pleno), acontecimiento de singular importancia ya que constituye un paso significativo hacia la predictibilidad de los fallos judiciales, lo cual tiene que ver con el resguardo del principio-derecho de los ciudadanos a la igualdad ante la ley. Los jueces supremos integrantes de la Salas de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia adoptaron acuerdos sobre tópicos que hasta ese momento se encontraban siendo debatidos a nivel de la judicatura y que precisamente reclamaban un pronunciamiento

(1) Magíster en Derecho (Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima). Juez Superior Titular, presidente de la Cuarta Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima (Sala de Oralidad). Profesor de la Academia de la Magistratura y catedrático de la Facultad de Derecho (Unidad de Posgrado) de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, profesor (Sección de posgrado) de la Universidad de San Martín de Porres y del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. Con estudios de litigación oral laboral en la Universidad de Medellín, Colombia y en la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" de Bogotá-Colombia. En febrero de 2014 ha cursado y acreditado la Academia de Destrezas en Litigación en el California Western School of Law. Ostenta la condecoración con la Orden de Trabajo en grado de Oficial. Delegado en Perú y consejero de la Asociación Latinoamericana de Jueces de Trabajo (ALJT) <www.omartoledotoribio.blogspot.com>.

de la suprema instancia judicial a través de este mecanismo, acuerdos que han sido publicados en el diario oficial El Peruano el día 4 de julio de 2014 y que se refieren a los siguientes temas: 1) Tutela procesal de los trabajadores del Sector Público; 2) Desnaturalización de los contratos. Casos especiales: Contrato Administrativo de Servicios (CAS); 3) Tratamiento judicial del despido incausado y despido fraudulento: Aspectos procesales sustantivos; 4) Remuneración computable par la compensación por tiempo de servicios y pensiones: Regímenes especiales; 5) Competencia de los Juzgados de Paz Letrados, Especializados y Tribunal Unipersonal; 6) Plazos para interponer recursos impugnatorios: Notificación y rebeldía; 7) Incrementos a beneficiarios de pensión mínima; y 8) Caducidad de aportaciones de acuerdo con la Ley Nº 8433.

Uno de los temas más esperados en el ámbito de la judicatura y el foro ha sido precisamente el tratamiento judicial del despido fraudulento e incausado en sede ordinaria laboral pues, a raíz del acuerdo arribado en el I Pleno Supremo Laboral del año 2012 (en adelante, I Pleno), que abrió la posibilidad de que los jueces ordinarios puedan conocer las demandas de reposición por dichas causales, se originaron discusiones y pronunciamientos jurisdiccionales en diverso sentido que requerían la emisión de un criterio que defina y zanje la polémica.

En las siguientes líneas pretendemos expresar nuestro punto de vista acerca de los acuerdos arribados en este II Pleno y la interpretación que consideramos debe adoptarse con el objeto de garantizar el acceso a la tutela jurisdiccional efectiva y evitar que se vacíe de contenido la disposición inserta en el artículo 2.2. de la Nueva Ley Procesal de Trabajo que otorga a los jueces laborales la facultad de conocer en vía de proceso abreviado de la reposición como pretensión principal única.

II. EL DESPIDO NULO, INCAUSADO Y FRAUDULENTO EN SEDE ORDINARIA

La Constitución Política de 1993 en su artículo 27 prevé que: "La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario".

En función del mandato constitucional el Decreto Legislativo Nº 728 ha establecido tres tipos de despido ilegal diseñando un sistema de protección del trabajador de tal forma que en algunos supuestos procede la tutela resarcitoria, como es el caso del despido arbitrario y el despido indirecto, en los que solo cabe el pago de una indemnización tasada (art. 38 del TUO del Decreto Legislativo

Nº 728, aprobado por el D.S. Nº 03-97-TR)[2], en tanto que solo cuando se configura el despido nulo procede la reposición o reinstalación del trabajador.

El artículo 29 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo Nº 003-97-TR (en adelante, TUO), establece que es nulo el despido que tenga por motivo: a) la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales; b) ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; c) presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del artículo 25 (*despido por reacción o por represalia*); d) la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma; e) el embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto *(fuero de maternidad)*. A las causales antes citadas debe agregarse las dispuestas por la Ley Nº 26626 referido al despido por ser portador del VIH-Sida y la Ley Nº 27050 referida al despido del trabajador por razón de discapacidad.

Como es de advertirse, la norma establece taxativamente la causales por las cuales se puede calificar a un acto de despido como nulo, las que se caracterizan por ser *numerus clausus*. En consecuencia, no se puede agregar una causal adicional a las que el legislador consigna a través de la referida norma, esto en aplicación del principio de legalidad. Por otro lado, corresponde citar el artículo 34 del mismo TUO que prevé que en los casos de *despido nulo*, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el artículo 38 del TUO.

Por otro lado, el artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo Nº 003-97-TR, define el despido arbitrario, señalando su consecuencia, en los siguientes términos: "si el **despido es arbitrario** por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38 del mismo cuerpo normativo, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente.

(2) La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el periodo de prueba.

Finalmente, el despido indirecto se configura cuando frente a un acto de hostilidad[3] el trabajador opta por la terminación de la relación laboral o se da por despedido, lo cual se halla regulado por el artículo 35, inciso b) del TUO. En este caso el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización a que se refiere el artículo 38 del TUO, independientemente de la multa y de los beneficios sociales que puedan corresponderle.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Exp. Nº 1124-2001-AA/TC (Caso Fetratel c/ Telefónica) ha señalado que:

> "Ahora bien, el segundo párrafo del artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo Nº 003-97-TR, establece que frente a un despido arbitrario corresponde una indemnización 'como única reparación'. No prevé la posibilidad de reincorporación. El denominado despido *ad nutum* impone solo una tutela indemnizatoria. Dicha disposición es incompatible con la Constitución, a juicio de este Tribunal, por las siguientes razones:
>
> a) El artículo 34, segundo párrafo, es incompatible con el derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional. En efecto, si, como quedó dicho, uno de los aspectos del contenido esencial del derecho al trabajo es la proscripción del despido salvo por causa justa, el artículo 34, segundo párrafo, al habilitar el despido incausado o arbitrario al empleador, vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional.
>
> b) La forma de aplicación de esta disposición por la empresa demandada evidencia los extremos de absoluta disparidad de la relación empleador/trabajador en la determinación de la culminación de la relación laboral. Ese desequilibrio absoluto resulta contrario al principio tuitivo de nuestra Constitución del

(3) Artículo 30 del TUO aprobado por D.S. Nº 03-97-TR.- Son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes: a) la falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador; b) la reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría; c) el traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio; d) la inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador; e) el acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia; f) los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma; g) los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador".

trabajo que se infiere de las propias normas constitucionales tuitivas del trabajador (irrenunciabilidad de derechos, pro operario y los contenidos en el artículo 23 de la Constitución) y, por lo demás, como consecuencia inexorable del principio de Estado social y democrático de derecho que se desprende de los artículos 43 ('República' 'social') y 3 de la Constitución, respectivamente. El constante recurso de la demandada a este dispositivo legal es la evidencia de cómo este principio tuitivo desaparece con la disparidad empleador/trabajador respecto a la determinación de la conclusión de la relación laboral.

c) La forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo. La indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo determinara libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto ab initio inválido por inconstitucional".

De esta forma, a partir de la indicada sentencia, que, dicho sea de paso, marcó un antes y un después en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en temas de carácter laboral, existe la posibilidad de la tutela restitutoria (reposición) si el trabajador acude a la vía constitucional del amparo invocando el **despido incausado** que en términos de lo regulado por el TUO equivaldría a una modalidad del despido arbitrario.

Posteriormente, y en virtud de que a partir de la expedición de la STC Exp. Nº 1124-2001-AA/TC se observó una tendencia creciente a la *amparización* de las acciones impugnatorias del despido arbitrario y en el marco de lo regulado por la derogada Ley Nº 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo, –que establecía el amparo alternativo–, el Tribunal Constitucional emitió la sentencia de fecha 13 de marzo de 2003 en el Exp. Nº 976-2001-AA/TC, caso Eusebio Llanos Huasco, la cual prevé que los efectos restitutorios (readmisión en el empleo) derivados de despidos arbitrarios o con infracción de determinados derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o los tratados relativos a derechos humanos, se generan en los tres casos siguientes: a) Despido nulo, b) Despido incausado y c) Despido fraudulento.

En efecto, a partir de esta sentencia se produce una nueva clasificación del despido a efectos de su evaluación en sede constitucional. De esta forma, conforme a esta sentencia se produce el denominado **despido nulo** cuando se despide al

trabajador por su mera condición de afiliado a un sindicato o por su participación en actividades sindicales, se despide al trabajador por su mera condición de representante o candidato de los trabajadores (o por haber actuado en esa condición), se despide al trabajador por razones de discriminación derivados de su sexo, raza, religión, opción política, etc., se despide a la trabajadora por su estado de embarazo (siempre que se produzca en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto), se despide al trabajador por razones de ser portador de Sida (Cfr. Ley Nº 26626) y se despide al trabajador por razones de discapacidad (Cfr. Ley Nº 27050). Por otro lado, se produce el **despido incausado** cuando se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique y por último se configura el denominado **despido fraudulento**, cuando se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad o se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad (Exp. Nº 628-2001-AA/TC) o mediante la "fabricación de pruebas" (f. j. 15)[4].

Finalmente, y ya con la vigencia del Código Procesal Constitucional, que ha consagrado el modelo de amparo residual, se ha expedido la sentencia de fecha 28 de noviembre de 2005, en el Exp. Nº 0206-2005-PA/TC, caso Baylón Flores, en la que se estableció, en calidad de precedentes vinculantes, preceptos relativos a los casos en que se puede acudir a la justicia ordinaria (Juzgados y Salas Laborales) buscando tutela restitutoria (Despido Nulo) y los casos en que se puede recurrir a la vía constitucional de amparo solicitando reposición (Despido nulo, despido fraudulento y despido incausado) consolidando en cierta forma los criterios ya adelantados y la nueva nomenclatura del despido diseñada en la sentencia expedida en el caso Eusebio Llanos Huasco. En efecto en la sentencia se señala:

> "Consecuentemente, solo en los casos en que tales vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho, o por la necesidad de protección urgente, o en situaciones especiales

(4) Continúa en Tribunal Constitucional señalando que: "En estos supuestos, al no existir realmente causa justa de despido ni, al menos, hechos respecto de cuya trascendencia o gravedad corresponda dilucidar al juzgador o por tratarse de hechos no constitutivos de causa justa conforma a la ley, la situación es equiparable al despido sin invocación de causa, razón por la cual este acto deviene lesivo del derecho constitucional al trabajo" (f. j. 15 de la STC Exp. Nº 976-2001-AA/TC).

> que han de ser analizadas, caso por caso, por los jueces, será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo, correspondiendo al demandante la carga de la prueba para demostrar que el proceso de amparo es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial ordinario de que se trate" (f. j. 6).
>
> "El Tribunal Constitucional estima que esta nueva situación modifica sustancialmente su competencia para conocer de controversias derivadas de materia laboral individual, sean privadas o públicas. Sin embargo, los criterios jurisprudenciales establecidos en el caso Eusebio Llanos Huasco, Exp. Nº 976-2004-AA/TC, para **los casos de despidos incausados** (en los cuales no exista imputación de causa alguna), **fraudulentos** y nulos, se mantendrán en esencia. En efecto, si tal como hemos señalado, el contenido del derecho constitucional a una protección adecuada contra el despido arbitrario supone la indemnización o la reposición según corresponda, a elección del trabajador, entonces, en caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado, el amparo será la vía idónea para obtener la protección adecuada de los trabajadores del régimen laboral privado, incluida la reposición cuando el despido se funde en los supuestos mencionados" (f. j. 7).
>
> Respecto al despido sin imputación de causa, la jurisprudencia es abundante y debe hacerse remisión a ella para delimitar los supuestos en los que el amparo se configura como vía idónea para reponer el derecho vulnerado. **En cuanto al despido fraudulento**, esto es, cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente, solo será procedente la vía del amparo cuando el demandante acredite fehaciente e indubitablemente que existió fraude, pues en caso contrario, es decir, cuando haya controversia o duda sobre los hechos, corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos" (f. j. 8) (el resaltado es nuestro).

Por otro lado, el Tribunal Constitucional en vía de amparo se ha pronunciado por la reposición del trabajador cuando se ha producido la afectación de los demás derechos constitucionales que el trabajador mantiene inalterables no obstante la subordinación en la que se encuentra respecto al empleador. Esto significa que el trabajador ingresa a la relación laboral conservando todo el bagaje de derechos

reconocidos por la Constitución Política del Estado, atributos que en doctrina se han dado en denominar como *derechos de titularidad general o inespecífica en el seno de la relación laboral.*

La protección de estos derechos se deriva del mandato constitucional contemplado en el artículo 23 de la Carta Política según el cual *ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.*

El Tribunal Constitucional, en la sentencia expedida con fecha once de julio de dos mil dos, en el Exp. Nº 1124-2001-AA/TC-Lima, Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y Fetratel se ha referido a la protección de estos derechos en el seno de la relación laboral como una manifestación de "la eficacia *inter privatos* o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales" esto es, "que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares" (f. j. 6), y refiriéndose a la empresa demandada señala que "Si bien aquélla dispone de potestades empresariales de dirección y organización y, constituye, además, propiedad privada, aquéllas deben ejercerse con irrestricto respeto de los derechos constitucionales del empleado o trabajador. En la relación laboral se configura una situación de disparidad donde el empleador asume un status particular de preeminencia ante el cual el derecho y, en particular, el derecho constitucional, se proyecta en sentido tuitivo hacia el trabajador. Desde tal perspectiva, las atribuciones o facultades que la ley reconoce al empleador no pueden vaciar de contenido los derechos del trabajador; dicho de otro modo, no pueden devenir en una forma de ejercicio irrazonable" (f. j. 7).

Posteriormente el máximo intérprete de la Constitución ha emitido diversos pronunciamientos en los cuales ha dispensado la protección constitucional a los llamados *derechos de titularidad general o inespecífica.* Tal es el caso de la sentencia de fecha 10/08/2002, expedida en el Exp. Nº 0895-2001-AA/TC, seguido por Lucio Valentín Rosado Adanaque con Essalud, en la que se ha tutelado la libertad de Conciencia y Religión en la relación laboral, la sentencia de fecha 18/08/2004, emitida en el Exp. Nº 1058-2004-AA/TC., caso Rafael Francisco García Mendoza con Serpost, en la que se ha protegido el derecho a la intimidad y a la Inviolabilidad de las comunicaciones privadas y la sentencia de fecha 10/07/2002, recaída en el Exp. Nº 0866-2000-AA/TC, caso Mario Hernán Machaca Mestas con Dirección Subregional de Salud de Moquegua y otros, referida a la libertad de expresión e información, entre otros pronunciamientos del Tribunal Constitucional en los que se tutelado el derecho a la dignidad, el derecho de defensa, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho al libre desarrollo de

la personalidad, la interdicción de la doble persecución o sanción por el mismo hecho (*ne bis in idem)*, etc.[5]

III. CONSECUENCIAS DEL PRECEDENTE VINCULANTE ESTABLECIDO EN LA STC EXP. Nº 0206-2005-AA/TC

Este precedente vinculante originó, en primer lugar, que muchos procesos de amparo en los que se invocaba la configuración de un despido incausado o fraudulento, pero que, sin embargo, existía controversia sobre los hechos, fueron remitidos por el Tribunal Constitucional a la judicatura ordinaria laboral a efectos de que se tramiten en esta vía en aplicación del punto 5 de la parte resolutiva de la STC Exp. Nº 0206-2005-PA/TC, que establece que "las demandas de amparo de materia laboral individual privada, precisadas en los fundamentos 7 a 20 *supra*, deberán ser adaptadas al proceso laboral que corresponda según la Ley Nº 26636 por los jueces laborales conforme a los principios laborales que han establecido en su jurisprudencia laboral y a los criterios sustantivos en materia de derechos constitucionales que este Colegiado ha establecido en su jurisprudencia para casos laborales".

Por otro lado, las demandas de amparo que son presentadas en fecha posterior a la expedición de la STC Exp. Nº 0206-2005-PA/TC, en las que se invoca un despido fraudulento, pero existe controversia sobre los hechos, al ser declaradas improcedentes en la vía de amparo son presentadas por los justiciables por ante el Juez Especializado de Trabajo.

En los dos casos antes descritos resulta evidente que el justiciable pretende una protección restitutoria en función de los criterios expuestos por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. Nº 0206-2005-PA/TC. Sin embargo, esta posibilidad se ve afectada por estatuto que rige a la judicatura ordinaria laboral en materia de despido ilegal pues conforme se ha expuesto las normas laborales solo otorgan la protección restitutoria en los supuestos de despido nulo previstos *numerus clausus* en el artículo 29 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en la Ley Nº 26626 referido al despido por ser portador del VIH-Sida y la Ley Nº 27050 referida al despido del trabajador por razón de discapacidad.

---

(5) Una referencia a los llamados *derechos de titularidad general o inespecífica* se puede encontrar en nuestro artículo titulado "El facebook y el Derecho Laboral. Los límites de la libertad de expresión en el centro de trabajo", publicado en la revista *Diálogo con la Jurisprudencia.* Nº 129, Lima, junio de 2009, pp. 271-273.

En tal sentido, los jueces laborales al no poder admitir una demanda de impugnación de despido incausado o una demanda de impugnación de despido fraudulento y con el objeto de no afectar el derecho de acceso a la justicia –componente fundamental del derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional garantizada en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución Política del Estado–, estuvieron disponiendo, bajo una perspectiva *pro actione*, que los actores adapten su demanda a alguno de los supuestos antes descritos lo cual definitivamente no es factible en todos los casos, situación que generó pronunciamientos que disponían el archivo de la demanda, lo cual en muchos casos podía afectar el derecho constitucional citado.

Ante dicha situación algunos consideraban que la tramitación de las acciones impugnatorias de despido fraudulento e incausado y la estimación de las mismas si era posible en la vía ordinaria. Basan su afirmación en la consideración de que los jueces laborales deben proceder conforme a los principios laborales que han establecido en su jurisprudencia laboral y a los criterios sustantivos en materia de derechos constitucionales que el Tribunal Constitucional ha establecido en su jurisprudencia para casos laborales tal como el propio TC ha dispuesto en el punto 5 de la parte resolutiva de la STC Exp. Nº 0206-2005-PA/TC, en referencia a los procesos de amparo que fueron remitidos a la judicatura ordinaria. Sin embargo, esta tesis colisionaba frontalmente con lo resuelto por el propio Tribunal Constitucional en el décimo séptimo fundamento de la STC Exp. Nº 0206-2005-PA/TC en el que se ha encargado de remarcar con carácter de precedente vinculante que: "Por otro lado, la Ley Procesal del Trabajo, Nº 26636. prevé en su artículo 4 la competencia por razón de la materia de las Salas Laborales y Juzgados de Trabajo. Al respecto, el artículo 4.2 de la misma ley establece que los Juzgados de Trabajo conocen, entre las materias más relevantes de las pretensiones individuales por conflictos jurídicos, las siguientes: a) Impugnación de despido **(sin reposición)** (...) (lo resaltado es nuestro).

En este sentido se había, incluso, pronunciado la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en la Cas. Nº 3034-2009-Huaura, su fecha 26 de agosto de 2009, señalando que: "**Décimo.-** Que, lo precedentemente señalado, permite concluir que las instancias de mérito al estimar la demanda de Nulidad de Despido, por presentar la figura de desnaturalización de los contratos, han incurrido en una indebida aplicación del artículo 77 del Decreto Supremo Nº 003-97-TR, en tanto, dicho supuesto no constituye causal de nulidad de despido; sin que ello importe una trasgresión al precepto constitucional contenido en el artículo 27 de la Constitución Política del Estado, en tanto, como bien se ha señalado en los considerandos precedentes, la adecuada protección frente al despido arbitrario esta en función de la opción

del trabajador de obtener una tutela restitutoria o resarcitoria, la que se verá expresada por el tipo de vía procesal optada, esto es, la ordinaria laboral o la del proceso de amparo constitucional; **consecuentemente, esta Suprema Sala determina que al no encontrarse la demanda motivada es alguna de las causales contenidas en el artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, nos encontramos frente a una demanda improcedente** (lo resaltado es nuestro)[6].

Reforzaba la conclusión anterior el pronunciamiento efectuado por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. Nº 01467-2010-Lima (caso Johnny Alberto Rubiños Mendez), declarando improcedente el amparo interpuesto contra la Sala Laboral de Piura, por considerar "que los hechos y el petitorio de la demanda *no* inciden sobre el contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado"[7].

Se trata de una demanda de amparo en que el recurrente pretende que se declare la nulidad de las resoluciones emitidas dentro del proceso laboral a fin de que se retorne a la etapa postulatoria y se admita la demanda, toda vez que se está ordenando el archivamiento del proceso. Resulta que el Tribunal Constitucional con fecha 21 de noviembre de 2006 (STC Exp. Nº 08431-2006-PA/TC-Lima, proceso planteado por el propio Johnny Alberto Rubiños Méndez)[8], declaró improcedente la demanda de amparo por considerar que existe una vía procedimental específica, igualmente satisfactoria, para la protección del derecho constitucional supuestamente vulnerado y dispuso la remisión de los autos al Juzgado Laboral de Piura. El Juzgado con la finalidad de que adecue su pretensión al proceso laboral en atención a la citada sentencia le otorga tres días de plazo para que precise la causal a invocarse. Ante ello el recurrente da respuesta a lo solicitado sin especificar ninguna causal del Decreto Supremo Nº 003-97 TR por lo que el

(6) Esta ejecutoria fue comentada por el suscrito en "El despido fraudulento en la jurisprudencia". En: *Revista RAE Jurisprudencia*. Tomo 19, enero de 2010, pp. 401 a 410.

(7) En el fundamento 5 de la sentencia el Tribunal Constitucional señaló que: " Se evidencia que las instancias judiciales han justificado sus decisiones sobre la base de los hechos y la norma procesal pertinente. En consecuencia, lo que en realidad pretende el recurrente es la revisión en esta vía de todo lo compulsado en las instancias inferiores, lo cual no es materia de análisis de los procesos Constitucionales, máxime si, como se demuestra, no se evidencia indicio alguno de irregularidad en el proceso que vulnere los derechos invocados por el recurrente".

(8) En este proceso de amparo el demandante solicita que se deje sin efecto el despido de que habría sido víctima; y que, por consiguiente, se ordene a la emplazada que lo reponga en su puesto de trabajo. Manifiesta que, después de que él hiciera su descargo dentro de los seis días que se le concedió, se le debió permitir que reanude la prestación normal de sus servicios laborales, cosa que no sucedió, puesto que se le impidió el ingreso a su centro de labores. La parte emplazada sostiene que el recurrente fue despedido por la comisión de faltas graves y que el plazo de exoneración de su obligación de asistir al centro de trabajo no había vencido, cuando le cursó la carta de despido, por lo que no se vulneraron los derechos invocados en la demanda.

Juzgado tiene por no presentada la demanda del recurrente. Ante ello, este interpone recurso de apelación argumentando que la causal debe integrarse a partir de la interpretación y el análisis de los hechos que rodearon su despido por lo que la Sala Laboral de Piura emite pronunciamiento con fecha 1 de agosto de 2008, confirmando la decisión del a quo, arguyendo que no existe causal de nulidad de despido que sustente la pretensión. Tras interponerse recurso de casación, este es declarado improcedente por tratarse de un auto y no de una resolución que resuelve la controversia, ante lo cual el justiciable interpuso una nueva acción de amparo esta vez invocando la afectación de sus derechos al trabajo, al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva.

IV. LA NUEVA LEY PROCESAL DE TRABAJO (NLPT)

La Nueva Ley Procesal de Trabajo, Ley Nº 29497, establece que en proceso abreviado laboral, el Juez Especializado de Trabajo resulta competente para el conocimiento de la **reposición cuando esta se plantea como pretensión principal única** (art. 2.2.) (lo resaltado es nuestro).

Esta nueva disposición legal originó inicialmente diversas interpretaciones. En efecto, por un lado algunos consideraban que esta disposición legal define la discusión existente entonces y estaría otorgando competencia al juez laboral para el conocimiento de las demandas en las que se solicita la reposición por despido incausado o por despido fraudulento encontrándose de esta forma la solución a la problemática existente en aquellos justiciables que, luego de acudir en vía de amparo invocando la existencia de alguno de estos dos tipos de despido, sus respectivos procesos fueron derivados a la vía ordinaria.

Sin embargo, existían posiciones encontradas respecto a la aparente solución aportada por la Nueva Ley Procesal del Trabajo tema que fue materia de tratamiento en el I Pleno, siendo que dentro de sus conclusiones sobre el Tema Nº 01, referida a la procedencia de la pretensión de reposición por despido incausado y despido fraudulento en la vía Laboral, regulada por la Nueva Ley Procesal del Trabajo (Ley Nº 29497); acordó por unanimidad que: "Los jueces de trabajo están facultados para conocer de la pretensión de reposición en casos de despido incausado o despido fraudulento, en el proceso abreviado laboral, siempre que la reposición sea planteada como pretensión única".

Por ende, en virtud al citado acuerdo, los jueces especializados laborales que conozcan procesos con la NLPT, son competentes para conocer las demandas de reposición como consecuencia del despido incausado y despido fraudulento.

V. ¿LA REPOSICIÓN COMO PRETENSIÓN PRINCIPAL ÚNICA?

La norma contenida en el artículo 2.2. de la NLPT prevé que los juzgados especializados de trabajo conocen en proceso abreviado laboral, de la reposición cuando esta se plantea como **pretensión principal única**.

La citada norma interpretada por el acuerdo Nº 01 del I Pleno generó opiniones diversas respecto a la posibilidad de que en el proceso abreviado laboral se pueda discutir la desnaturalización de un contrato sujeto a modalidad, o el reconocimiento de la relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad, como presupuesto previo al pronunciamiento respecto a la pretensión de reposición, ya sea por despido nulo, despido fraudulento o despido incausado.

Respecto a ello, la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, en un primer momento, en la **Casación Laboral Nº 3311-2011-Tacna consideró que existe** imposibilidad jurídica de plantearse conjuntamente, y en la vía abreviada laboral, dos pretensiones principales. En efecto, en su fundamento 17 señala lo siguiente:

> "Precisamente esta naturaleza de vocación sumamente célere, hace que la pretensión sometida al órgano jurisdiccional –y sobre el cual se emitirá su pronunciamiento– tenga que ser necesariamente planteada como Reposición bajo la forma de una pretensión principal única; nomenclatura de la que se desprende válidamente la conclusión de la imposibilidad jurídica de 'plantearse conjuntamente, y en la vía abreviada laboral, dos pretensiones principales; la razón de lo antedicho gira en torno fundamentalmente a evitar distraer el pronunciamiento del órgano jurisdiccional a extremos que si bien pueden estar relacionados con la pretensión de reposición, no pueden ser atendidos en una vía procedimental que per se al ser célere, concentra etapas procesales cuya dilación en exceso podría desnaturalizar la esencia misma del proceso abreviado laboral (...)'".

Asimismo, más adelante en el fundamento 18, de la misma sentencia casatoria, el Tribunal Supremo ha establecido las tres reglas que se deben verificar por el juez laboral cuando se trata de la pretensión de reposición como una pretensión principal única:

> "1. Que no exista duda respecto a la laboralidad de los servicios del demandante, pues debe resaltarse que el pedido de Reposición solo resulta procedente en los casos donde la relación laboral se encuentra establecida y reconocida por las partes.

2. Verificar que la demanda planteada contiene únicamente el petitorio de Reposición como pretensión principal única; y,

3. En virtud de lo anterior, centrar el análisis del conflicto judicializado a determinar la fundabilidad o no de la demanda de Reposición planteada (...)".

Por otro lado, en nuestros pronunciamientos jurisprudenciales en la Cuarta Sala Laboral Permanente de Lima, Sala de Oralidad, hemos tenido la oportunidad de expresar opinión en el sentido de que es perfectamente posible que en el proceso abreviado laboral se pueda discutir la desnaturalización de un contrato sujeto a modalidad, o el reconocimiento de la relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad, como presupuesto previo al pronunciamiento respecto a la pretensión de reposición pues se configura un auténtico **petitorio implícito** que es un supuesto de flexibilización del principio de congruencia(9). Este planteamiento reposa en consideraciones vinculadas a los principios que fundamentan el nuevo proceso laboral implantado con la NLPT, como son la prevalencia de lo oral sobre lo escrito, prevalencia del fondo sobre la forma, economía procesal, eficacia del proceso, tutela judicial efectiva y razonabilidad.

En efecto, la desnaturalización del contrato laboral, o la declaración de la existencia de una relación laboral por imperio del principio de primacía de la realidad, no constituye una pretensión adicional sino que constituye un petitorio implícito que forma parte de la *causa petendi*(10). De la misma forma, en los

(9) En efecto en el voto en discordia emitido por el suscrito en el Exp. Nº 00225-2013, su fecha 17 de julio de 2013 hemos señalado que: "al configurarse el petitorio implícito (desnaturalización de los contratos de trabajo), corresponde emitir pronunciamiento respecto a este y determinar si efectivamente se produjo la desnaturalización expuesta y como consecuencia de ello, si antes del cese del actor existía una contrato a plazo indeterminado, su cese solo podía darse por causa justa, relacionada a su conducta o capacidad, conforme a lo preceptuado por el artículo 22 del Decreto Supremo Nº 003-97-TR que aprueba Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Legislativo Nº 728".

(10) El petitorio y la razón de pedir constituyen elementos de la pretensión Al respecto Juan Monroy Gálvez señala que: "Estos dos elementos de la pretensión, los fundamentos de derecho y de hecho, apreciados de manera conjunta, se conocen con el nombre genérico de **causa petendi**, **iuris petitum** o **iuris petitio.** (…) Asimismo, la pretensión procesal tiene un elemento central, este es el pedido concreto, es decir, aquello que en el campo de la realidad es lo que el pretensor quiere sea una actuación del pretendido o, sea una declaración del órgano jurisdiccional. Este elemento de la pretensión procesal recibe el nombre de **petitorio**, aun cuando en doctrina suele llamársele también petitum o petitio. Inclusive un sector de la doctrina identifica este petitorio con lo que se denomina el objeto de la pretensión" (sic) (MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil.* Themis*,* Santa Fe de Bogotá, 1996, p. 274, el resaltado es nuestro). En esa misma línea, el profesor Aníbal Quiroga León sostiene que "Dentro del ejercicio del derecho de acción se manifiestan dos intereses, uno en el proceso y otro en el obrar. Dentro de lo segundo, se presentan dos figuras, por un lado, la causa de la pretensión particular que el sujeto activo de la relación jurídico procesal hace relieve, aquella que se origina en la expectativa –legitima o no– de la relación jurídica sustancial que se ha invocado y que le sirve de fundamento para solicitar la tutela

procesos en los que se demanda únicamente el pago de beneficios sociales, sin antes reclamar como pretensión expresa la declaración de la existencia de una relación laboral, esto último constituye un petitorio implícito.

VI. EL PETITORIO IMPLÍCITO COMO HIPÓTESIS DE FLEXIBILIZACIÓN AL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

El petitorio implícito constituye una hipótesis de flexibilización del principio de congruencia en un Estado democrático y social de derecho. El jurista Augusto M. Morello, indica en relación a este que: "La Corte Suprema en destacable actitud de comprensión se ha movido con plasticidad, sin dejarse atrapar por ninguna explicación teórica cerrada o absoluta (...); **afirma que el órgano no está embretado por lo que peticionan las partes, ni por la literal hermenéutica de los preceptos legales. No está encerrado por el dibujo, voluntad y límites de ellas, pues es el juez** (director del proceso, bajo control de los abogados en contienda) el que habrá de suministrar –con suficiente y adecuado sustento en las consideraciones de hecho, evaluación profunda de la prueba y valoración y del derecho aplicable– prolija y razonada motivación (...)"[(11)].

En la Sentencia Dictada en el Tercer Pleno Casatorio Civil realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (Cas. Nº 4664-2010-Puno), en la ciudad de Lima, el 18 de marzo de 2011, se indica en el décimo sexto considerando, en relación al petitorio implícito que: "Como lo analizaremos oportunamente, si en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho, la parte interesada, en cualquier estado del proceso, **expresa hechos claros y concretos** referidos al perjuicio que resulta de dicha separación o del divorcio en sí, **el juez debe considerar esta manifestación de la voluntad como un pedido o petitorio implícito y, por consiguiente, debe ser objeto de pronunciamiento en la sentencia, garantizando desde**

---

jurisdiccional efectiva. Tal pretensión de carácter particular y privado es la ***causa petendi***. En otras palabras, es el impulso que se otorga a la pretensión subjetiva del actor y que le da sustento a su interés en el obrar. Por otro lado, existe el ***petitum*** o ***petitio*****,** que se refiere concretamente a lo que es objeto de pedido en virtud de la causa petendi, es decir, la propuesta de dispotitio que se hace al Órgano Jurisdiccional, a la autoatribución de una posición en la relación jurídica sustancial que el pronunciamiento jurisdiccional ha de establecer finalmente meritum causae. Toda causa petendi condiciona un petitum, y todo petitum presupone una causa petendi" (sic) (QUIROGA LEÓN, Aníbal. *Estudios de Derecho Procesal.* Idemsa, Lima, junio de 2008, p. 116 (el resaltado es nuestro). Por su parte, Enrique Vescovi sostiene que "(…) El elemento

(11) MORELLO, Augusto M. *La prueba, tendencias modernas*. 2ª ed. ampliada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, pp. 98 a 99. Citado en el Tercer Pleno Casatorio Civil realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (Cas. Nº 4664-2010-Puno). Realizada en la ciudad de Lima, el 18 de marzo de 2011.

luego a las partes el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural" (el resaltado es nuestro).

Por su parte, Jorge W. Peyrano, señala que: "Entonces será suficiente que uno de ellos en su escrito postulatorio, respectivo (demanda o contestación, según sea el caso) alegue hechos claros y concretos; lo que debe considerarse válidamente como un pedido o petitorio implícito, como resultado de una interpretación integral de los actos postulatorios de las partes"[12].

Al referirse a esta frase la profesora Julia Cabello Matamala ha sostenido con relación a los procesos de divorcio y separación de cuerpos lo siguiente: "En consecuencia, en esta hipótesis, **el juez en la decisión final debe pronunciarse sobre la fundabilidad –positiva o negativa– de los indicados perjuicios** y, por consiguiente, si ordena o no una indemnización o la adjudicación según resulte de la valoración de pruebas, así como de los indicios y presunciones que surjan del proceso"[13] (el resaltado es agregado).

VII. RAZONES QUE JUSTIFICAN EL PETITORIO IMPLÍCITO

1. Prevalencia de lo oral sobre lo escrito

Conforme expresamente lo establece el artículo 12.1 de la NLPT **en los procesos laborales por audiencias las exposiciones orales de las partes y sus abogados prevalecen sobre las escritas** sobre la base de las cuales el juez dirige las actuaciones procesales y pronuncia sentencia.

En tal sentido, en un ámbito de oralidad, si el Juez de la causa aprecia que en los fundamentos fácticos (*causa petendi)* que sustentan la pretensión, el accionante está haciendo referencia precisamente a la desnaturalización del contrato sujeto a modalidad o a la existencia de una relación laboral oculta bajo el disfraz de un contrato civil o mercantil o de otra naturaleza, puede aprovechar las bondades de la inmediación en las audiencias, sea de conciliación, juzgamiento o audiencia única, si se trata del proceso abreviado, a efectos de poder esclarecer debidamente los contornos del petitorio implícito, bajo las condiciones que más adelante señalaremos, y considerarlo como materia de pronunciamiento en la sentencia.

(12) PEYRANO, Jorge W. *Nuevas tácticas procesales*. 1ª ed., Nova Tesis Editorial Jurídica S.R.L., Rosario Santa Fe, 2010, p. 100.

(13) CABELLO MATAMALA, Julia. *El divorcio en el Derecho Iberoamericano*. Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Editorial Reus S.A., Madrid, 2009, pp. 525-550.

2. Prevalencia del fondo sobre la forma

Constituye fundamento del nuevo proceso laboral, contemplado en el artículo III del Título Preliminar de la NLPT, que en todo proceso laboral los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, para cuyo efecto procuran alcanzar la igualdad real de las partes, privilegian el fondo sobre la forma, interpretan los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso, observan el debido proceso, la tutela jurisdiccional y el principio de razonabilidad.

Bajo esta orientación, resulta necesario que en el nuevo esquema procesal se tienda a evitar pronunciamientos inhibitorios o nulificantes que tienen efectos perniciosos no solamente en la imagen sino en la propia subsistencia del modelo. En efecto, si tenemos en cuenta de que el número de personal es limitado y la carga procesal agobiante –producto entre otras razones de la expectativa que genera un nuevo proceso laboral célere y eficaz– quienes se encuentran al frente de los procesos laborales deben estar mentalizados en la tendencia de emitir pronunciamientos respecto al fondo de la controversia en todos los casos, salvo excepciones muy contadas, evitando de esa formas las críticas que siempre se formulan en contra de la institución judicial, situación que lleva a que se deslegitime el modelo.

3. Economía procesal

En virtud de este principio el juez dirige el proceso tendiendo a una reducción de los actos procesales, sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran.

Ciertamente el pronunciamiento del órgano jurisdiccional respecto al petitorio implícito evita que se pueda generar nuevos procesos judiciales. De no ser así, ingresaríamos a un escenario en el que los casos vinculados a la reposición del trabajador por despido nulo, fraudulento o incausado, para ser instrumentalizados en la vía abreviada, supondrían que antes el trabajador tenga que accionar en un primer proceso a efectos de que se declarare la existencia de una relación laboral de carácter indeterminada y, luego solicitar, en un nuevo proceso laboral abreviado, la reposición como pretensión única, lo cual definitivamente constituye una negación al acceso a la tutela judicial efectiva teniendo en cuenta que las acciones de reposición están sujetas a un plazo de caducidad. Por otro lado, exigir que el trabajador acuda al proceso ordinario laboral no solamente afecta el principio de economía procesal sino que vacía de contenido completamente la finalidad que trasunta la regulación contenida en el artículo 2.2. de la NLPT que precisamente consiste en establecer un proceso ágil que signifique que el trabajador pueda ver

resuelto su pedido de reinstalación de manera más célere teniendo en cuenta que estamos ante la afectación del derecho fundamental al trabajo.

4. Eficacia del proceso

La eficacia tiene que ver con el logro de la finalidad de todo proceso judicial que es el de resolver los conflictos para alcanzar la paz social.

Resulta evidente que dar solución a una controversia sin necesidad de duplicar procesos o trámites constituye una demostración de la eficacia del proceso

5. Tutela judicial efectiva

El artículo 139, inciso 3 de la Constitución Política del Estado establece como garantía de la administración de justicia la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

La exigencia de trasuntar por dos procesos judiciales para lograr la reposición de un trabajador o pretender seguir un proceso ordinario laboral, existiendo previsto un proceso más rápido y ágil como es el proceso abreviado, afecta definitivamente al principio constitucional antes citado, es más, implica, en otras palabras, la negación de la tutela jurisdiccional.

VIII. CONDICIONES DEL PETITORIO IMPLÍCITO

Estimamos que si bien es posible que se pueda desarrollar la figura del petitorio implícito en el escenario del proceso laboral abreviado y, con mayor razón, en el proceso ordinario, por la naturaleza y extensión del mismo, ello requiere que se den determinadas condiciones como presupuesto necesario. En efecto, de manera resumida señalaremos que solo se podrá aplicar la citada figura si: a) aparecen hechos claros y concretos respecto a la petición implícita; b) garantía del derecho de defensa y del contradictorio, esto es, en virtud de la garantía de la observancia del debido proceso, el demandado debe haber tenido la posibilidad de hacer valer su derecho de defensa frente a dicha petición, derecho que incluye la posibilidad de ofrecer medios de prueba que respalden su posición.

IX. EL PETITORIO IMPLÍCITO EN LA JURISPRUDENCIA LABORAL

La aplicación de la figura del petitorio implícito en el proceso abreviado laboral conforme a la Nueva Ley Procesal del Trabajo ha sido expuesta por vez primera en nuestro voto (voto en discordia) emitido en la sentencia de fecha 17 de

julio de 2013 (Exp. Nº 00225-2013-04- NLPT, Cuarta Sala Laboral de Lima), seguido por Roberto Víctor Rojas Barragán, sobre reposición al centro laboral. Si bien la opinión nuestra resultó un voto en discordia, posición minoritaria, la citada sentencia fue materia de análisis en su integridad en el Pleno Jurisdiccional Nacional Superior realizado en Lima los días 6 y 7 de setiembre de 2013, siendo que la ponencia que reflejaba nuestra posición resultó ganadora por mayoría en el citado certamen judicial (56 votos frente a 17)[14].

Con el objeto de ilustrar los términos de la controversia que originó el citado pronunciamiento nuestro en discordia transcribimos a continuación algunos párrafos del citado voto:

> 7. Conforme a los argumentos de la sentencia recurrida, la a quo, sostiene como uno de los fundamentos para desestimar la demanda: "4.5.- Siendo la PRETENSIÓN demandada del actor la REPOSICIÓN a su centro de labores, **se debe tener en cuenta que la misma no procede por cuanto el contrato celebrado entre las partes cumplió su naturaleza de Contrato Temporal para Servicio Específico**, esto teniendo en cuenta que la cláusula primera del Contrato así lo estipulaba, hasta que se culmine con el proceso de selección de la plaza de Asistente Social, por lo que la Carta Notarial enviada al demandante solo cumplía con comunicarle al actor el término del contrato que tenían celebrado con la demandada, lo que no se puede comparar a un despido incausado, asimismo el prestador del servicio no ha desarrollado las razones jurídicas ni argumentativas orientadas a cuestionar alguna de las cláusulas del contrato que acompaña, **tampoco ha desarrollado el tema de la desnaturalización de los contratos, lo que exime al juzgado de fundamentar al respecto**".

(14) Primera Ponencia: De conformidad con el artículo 2.2 de la Nueva Ley Procesal de Trabajo Nº 29497 el Procesos Abreviado Laboral debe contener una sola pretensión principal, y cuando se advierte además de la pretensión principal un petitorio implícito, el juez debió advertir esta situación al momento de la calificación de la demanda, pronunciándose respecto a la imposibilidad de acumular otra pretensión a la pretensión principal en un proceso Abreviado Laboral, al no haberse actuado así, la sentencia es nula. (17 votos).

Segunda Ponencia: En virtud del principio tuitivo a los que se contrae los procesos laborales y los que está obligado a observar el juzgador, encontrándonos ante un petitorio implícito, debió ser objeto de pronunciamiento por el juez, tanto más cuando se aprecia que se ha garantizado el derecho de defensa de la demandada, pues la empleadora en su escrito de contestación cuestiona la pretensión implícita, siendo tratada en la Audiencia Única y en consideración además a que en esta clase de procesos prevalece las actuaciones orales sobre las escritas, correspondiendo pronunciarse en la sentencia por la pretensión implícita (56 votos).

8. Bajo ese contexto, se advierte de la visualización del Audio/Video de la Audiencia Única, realizado con fecha 13 de marzo de 2013, subido en el Sistema Integrado Judicial (SIJ), que el abogado de la parte demandante, como argumentos de su alegato, señala literalmente que: '(...) El cargo de Asistente Social, le corresponde hasta que termine el desarrollo o estructura de la Oficina de Bienestar Social, porque quien tiene que llevar a cabo esa Oficina de Bienestar Social, tiene que ser un Asistente Social, precisamente por ello es que lo contrataron como Asistente Social. En tal sentido los contratos que le han hecho suscribir a mi patrocinado, **contratos para servicios especifico a plazo fijo, son contratos desnaturalizados**, **porque si su labor era de carácter permanente, lógicamente y jurídicamente, le correspondía un contrato a tiempo** indeterminado y no un contrato a plazo fijo como errónea e ilegalmente lo ha efectuado, la contraria; en ese sentido señora Juez, está claro y objetivamente probado en autos que mi patrocinado tenía un contrato a tiempo indeterminado y que esa carta que comunica el cese, es ilegal (...)'; es decir, la parte actora señala de forma específica que se han desnaturalizado los contratos de trabajo por naturaleza específica, por haberse desarrollado labores permanentes en la Institución demandada, como es la de Asistente Social, hecho que debió ser tomado con un pretensión implícita, en la medida que en virtud al principio tuitivo a los que se contraen los procesos laborales y los que está obligado a observar el juzgador. Siendo así, debió ser objeto de pronunciamiento, en consecuencia, no resultaba válida la postura de la Juzgadora en el sentido que el actor no había invocado la desnaturalización de los contratos laborales.

9. La emisión del pronunciamiento respecto a la desnaturalización de los contratos modales en forma alguna afecta el derecho de defensa de la demandada, pues dicha parte en su escrito de contestación de demanda, de fojas 40 a 50, se ha pronunciado expresamente sobre dicha pretensión al señalar en el punto 'II.2.- **RESPECTO A LA EQUIVOCADA PRETENSIÓN DESNATURALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PARA SERVICIO ESPECÍFICO** (...); **siendo totalmente falso que se haya producido alguna desnaturalización de dichos contratos de conformidad con el artículo 77 del TUO del Decreto Legislativo Nº 728, razón por lo cual debe quedar claro que su Despacho deberá llevar un análisis jurídico** (...)";

> 10. Es decir, la demandada, pudo ejercer su derecho de defensa, respecto al petitorio implícito referido a la desnaturalización de los contratos de trabajo, aspecto que ha sido además tratado en la Audiencia Única antes citada, lo cual debe analizarse bajo el contexto de que constituye un principio del Nuevo Proceso Laboral la oralidad que implica la prevalencia de las actuaciones orales sobre las escritas. Por ende, se garantizó el Derecho de defensa de la parte demandada.
>
> 11. Por lo antes expuesto, este colegiado arriba a la conclusión que al configurarse el petitorio implícito (desnaturalización de los contratos de trabajo), corresponde emitir pronunciamiento respecto a este y determinar si efectivamente se produjo la desnaturalización expuesta y como consecuencia de ello, si antes del cese del actor existía una contrato a plazo indeterminado, su cese solo podía darse por causa justa, relacionada a su conducta o capacidad, conforme a lo preceptuado por el artículo 22 del Decreto Supremo Nº 003-97-TR que aprueba Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Legislativo Nº 728". (sic).

Posteriormente, en la sentencia de fecha 2 de octubre de 2013, emitida en el Exp. Nº 08057-2013-0-1801-JR-LA-16, la Cuarta Sala Laboral de Lima, bajo ponencia nuestra, ha ingresado a analizar la estructura de la pretensión y determinar que efectivamente los hechos referidos a la determinación de la relación laboral por primacía de la realidad o la desnaturalización de un contrato modal constituyen o forman parte de la *causa petendi*, o la razón de pedir, y por lo tanto no constituyen la reposición por lo que es perfectamente posible que en esos términos pueda ser tramitado en la vía de proceso abreviado laboral y ser materia de pronunciamiento por el órgano jurisdiccional[(15)]. A continuación veamos algunos párrafos de la citada sentencia:

> "3.19. De la lectura de la demanda presentada por el actor, se advierte que su petitorio (*petitum*) consiste que se declare la nulidad de su despido y se disponga su reposición, así como el pago de las remuneraciones devengadas y los intereses que se han generado, más el pago de costas y costos. Por otro lado, del escrito de la demanda y del escrito de subsanación de fojas 82, el actor señala como *causa*

(15) Sobre la vinculación entre el petitorio implícito y la *causa petendi* hemos hecho referencia en nuestro trabajo anterior titulado: "El petitorio implícito y otras Hipótesis de flexibilización en el marco de la Nueva Ley Procesal del Trabajo", publicado en la revista *Diálogo con la Jurisprudencia*. Nº 182, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre de 2013, pp. 130-142.

> *petendi* que los contratos de trabajo sujetos a modalidad por incremento de actividad suscritos con la demandada se encuentran desnaturalizados conforme lo había establecido la Autoridad de Trabajo en el Acta de Infracción Nº 63-2012 de fecha 31 de julio de 2012 originada por Orden de Inspección Nº 100-2012-MTPE/2/16.
>
> 3.20. La citada causa de pedir ha sido ratificada por el demandante en la Audiencia de vista de la causa realizada ante este Tribunal, oportunidad en la que además ha señalado que había suscrito contratos temporales por incremento de actividad cuya copia de los mismos no le fueron entregados.
>
> 3.21. De este modo, se colige que la desnaturalización de los contratos de trabajo sujetos a modalidad suscritos entre las partes constituye un petitorio implícito a la pretensión de nulidad de despido.
>
> 3.22. Por lo antes expuesto, este Colegiado arriba a la conclusión que al configurarse el petitorio implícito (desnaturalización de los contratos de trabajo), corresponderá al pronunciamiento de fondo determinar si efectivamente se produjo la desnaturalización alegada y como consecuencia de ello, si antes del cese del actor existía una contrato a plazo indeterminado, establecer si se ha configurado la nulidad de despido alegada por el demandante".

Posteriormente la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación Laboral Nº 7353-2013-Cusco, mediante resolución de fecha quince de noviembre de dos mil trece se ha referido, aunque sin mencionarlo, a la aplicación del petitorio implícito en los procesos abreviados de reposición. En efecto el Supremo Tribunal ha señalado que "(...) ya sea por la desnaturalización de un contrato sujeto a modalidad, o por aplicación del principio de primacía de la realidad, como ocurre en el presente caso, como presupuesto previo al pronunciamiento respecto a la pretensión de reposición, no constituye una pretensión autónoma e independiente de la pretensión de reposición, sino que forma parte de la causa petendi de esta última, existiendo para su verificación por parte del juez, una norma específica que en el proceso laboral coadyuva a la misma (art. 23.2 de la Ley Nº 29497)".

Más adelante y para ratificar el cambio de temperamento del Supremo Tribunal se ha señalado que:

> "**DÉCIMO**: Lo discernido en los fundamentos ut supra, conlleva a esta Sala Suprema a dejar establecido como **un criterio de**

procedencia y tramitación de una demanda de reposición en la vía procedimental del proceso abreviado laboral, la posibilidad de que en el seno de este, si pueda debatirse la 'existencia de una relación laboral de duración indeterminada', ya sea por desnaturalización de un contrato sujeto a modalidad, o por aplicación del principio de primacía de la realidad como ocurre en el caso sub examiné; como presupuesto previo al pronunciamiento respecto a la pretensión de reposición, todo ello en aras de garantizar la efectiva tutela judicial del derecho fundamental al trabajo en su manifestación principal que se constituye en la consecución de los principios que inspiran el nuevo proceso laboral regulado por la Ley Nº 29497.

UNDÉCIMO: Se deja constancia que las precisiones efectuadas por esta Sala Suprema en la presente resolución, respecto a la procedencia y tramitación de una demanda de **reposición** en la vía procedimental del proceso abreviado laboral; se efectúan en mérito a la dinámica jurisprudencial que permite al colegiado la intensidad de los criterios que este emita , fijando y perfilando las reglas contenidas en su jurisprudencia; siendo necesario citar para efectos de su emisión y observancia lo previsto en el tercer párrafo del artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por el Decreto Supremo Nº 017-93-JUS.

II PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO LABORAL EN MATERIA LABORAL - 2014

En este estado de cosas se realiza el II Pleno en cuyo acuerdo 3.3. se determinó por unanimidad que en aplicación de la Ley Nº 29636, las pretensiones de impugnación de despido incausado o despido fraudulento pueden acumularse a cualesquiera otras pretensiones, bajo las formas que prevé el artículo 87 del Código Procesal Civil, y serán tramitadas en la vía proceso ordinario laboral, de conformidad con el literal a) del numeral 2 del artículo 4 de la Ley Nº 26636: **Mientras que, al amparo de la Ley Nº 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, las pretensiones de reposición en los supuestos de despido incausado o despido fraudulento solo podrán plantearse como pretensión principal única y serán tramitadas en la vía del proceso abreviado laboral; mientras que, sin son acumuladas a otras pretensiones distintas a aquella, serán**

> **de conocimiento del juez laboral en la vía del proceso ordinario laboral, de conformidad con el artículo 2 inciso 2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo"** (el resaltado es nuestro).

Consideramos que el acuerdo arribado por el II Pleno es perfectamente compatible con la posición asumida por le Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente en la **Casación Laboral Nº 7353-2013-Cusco,** pues si bien se señala en el último pleno que **las pretensiones de reposición en los supuestos de despido incausado o despido fraudulento solo podrán plantearse como pretensión principal única y serán tramitadas en la vía del proceso abreviado laboral** ello no obsta a que en el mismo proceso abreviado se pueda emitir pronunciamiento respecto a la desnaturalización del contrato sujeto a modalidad o la determinación de la existencia de una relación laboral por primacía de la realidad pues como hemos expuesto ampliamente en el presente trabajo dichas circunstancias no constituyen sino un petitorio implícito en las reclamaciones de reposición pues forman parte de la *causa petendi* o razón de pedir de la demanda.

Con ello se rescata la razón de ser de la regulación contenida en el artículo 2.2. de la NLPT, pues al establecer una vía expeditiva –que en algunos casos dependiendo de la carga procesal que maneje un órgano jurisdiccional puede ser más célere que un proceso de amparo– para estas reclamaciones está destacando la importancia de los derechos en juego. En efecto, nosotros hemos tenido la oportunidad de expresar que "(…) disponerse que corresponde sustanciarse en la vía del proceso abreviado implica definitivamente que se está tratando de darle un trámite más rápido y expeditivo pues propiamente nos encontramos ante un despido lesivo de derechos constitucionales"[16], comentario que es perfectamente válido para las demandas de reposición de despido fraudulento y despido incausado. De lo contrario, asumir una interpretación en el sentido restrictivo, esto es, que se tenga que acudir a un proceso ordinario laboral para reclamar la reposición y la desnaturalización de un contrato o la determinación de la relación laboral por primacía de la realidad significaría vaciar de contenido a la norma prevista en el artículo 2.2. antes citado.

X. EL PAGO DE LAS REMUNERACIONES DEVENGADAS

El otro tema surgido a raíz de la novísima norma contenida en el artículo 2.2. de la NLPT y, en términos actuales, de cara al acuerdo arribado en el II Pleno,

(16) TOLEDO TORIBIO, Omar. *Derecho Procesal Laboral, principios y competencia en la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley Nº 29497.* Grijley, Lima, agosto de 2011, p. 45.

consiste en determinar si resulta posible acumular en la demanda de reposición planteada en vía de proceso abreviado la pretensión referida al pago de las remuneraciones devengadas originadas con ocasión del despido.

Del análisis de la citada norma podemos concluir que la misma se refiere a la reposición **cuando esta se plantea como pretensión principal única,** lo cual no impide que se pueda acumular la pretensión accesoria de pago de remuneraciones devengadas desde la fecha en que se produjo el despido y la referida a los depósitos correspondientes a la Compensación por Tiempo de Servicios y, de ser el caso, sus intereses, derechos precisados en el artículo 40 del TUO del D.L. Nº 728.

En efecto, siendo que el pago de las remuneraciones devengadas constituye consecuencia necesaria de una demanda de nulidad de despido declarada fundada, como lo establece el artículo 40 del Decreto Supremo Nº 03-97-TR, Texto Unico Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el otorgamiento de dichos sueldos caídos y el depósito de la CTS no resulta sino de la aplicación del principio jurídico de que **lo accesorio sigue la suerte de lo principal**, tanto más si como lo establece el artículo 87, *in fine*, del Código Procesal Civil, –aplicable supletoriamente al proceso laboral en virtud de lo dispuesto por la Primera Disposición Complementaria de la Nueva Ley Procesal de Trabajo–, cuando la accesoriedad está expresamente prevista por la ley, se consideran tácitamente integradas a la demanda. Con ello se evitaría que el trabajador tenga que acudir a un nuevo proceso laboral para reclamar las remuneraciones devengadas sobrecargando innecesariamente el sistema judicial, en momentos en que la efectividad mostrada por el nuevo sistema procesal ha originado que las expectativas de los justiciables haya aumentado y los órganos jurisdiccionales están cada vez más saturados de procesos laborales

Incluso, consideramos que en virtud del principio de *suplencia indirecta de la demanda* el juez podría ordenar estos conceptos aún cuando no hayan sido considerados en la demanda, lo cual de ningún modo implicaría que nos encontremos ante un fallo *extra petita*, proscrito en nuestro sistema procesal laboral –a diferencia de la facultad del fallo *ultra petita* que si se encuentra expresamente reconocido en el artículo 48, inciso 3 de la Ley Nº 26636 y el artículo 31 de la NLPT[17]. Se trata únicamente de la aplicación del principio descrito en el párrafo anterior.

(17) Respecto a los alcances de esta facultad nos hemos referido en nuestro artículo "El principio de congruencia en el proceso laboral", publicado en *Actualidad Jurídica*. Nº 193, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2009, pp. 263 a 266.

Las consideraciones expuestas, salvo el caso de la suplencia indirecta de la demanda, son perfectamente aplicables a los procesos de reposición por despido fraudulento o incausado, pues, al declararse la ilegalidad del despido, se está determinando la ineficacia del mismo lo cual debe tener los mismos efectos y consecuencias que la nulidad de despido pues de lo contrario se podría estarse incentivando conductas lesivas a los derechos del trabajador.

XI. LA PROBLEMÁTICA DE LA COMPETENCIA DEL JUZGADO DE PAZ LETRADO LABORAL

La reforma procesal laboral contenida en la Nueva Ley Procesal del Trabajo Nº 29497, tiene como uno de sus ejes centrales, simplificar los procesos laborales y hacerlos más céleres, de tal manera que aquellos asuntos que no revistan complejidad deban ser resueltos de manera más ágil ante una justicia básica que radica en los Juzgados de Paz Letrado y que se caracteriza esencialmente por un proceso que está exento de formalidades, en que no existe el recurso de casación, pero con precedente judicial, en que se ha establecido un sistema de notificaciones más acorde con la realidad que impera en los Juzgados de Paz Letrado, lo que implica que los justiciables pueden acudir de manera más inmediata a los Juzgados de Paz Letrados porque se encuentra en su entorno. En consecuencia, se ha reforzado la justica de paz letrada reconociéndosele mayores competencias, pero otorgándole además la especialización que corresponde, esto es, con el nuevo modelo procesal se ha creado la figura del Juez de Paz Letrado Laboral.

Si bien es cierto la Nueva Ley Procesal de Trabajo, establece en el artículo 1.1 que el Juez de Paz Letrado conoce en proceso abreviado laboral, las pretensiones referidas al cumplimiento de obligaciones de dar no superiores a cincuenta (50) Unidades de Referencia Procesal, la referencia de la cuantía tiene que ver únicamente a efectos de establecer la simplicidad o complejidad de un proceso, porque no hay que olvidar que el criterio de la cuantía para determinar la competencia está en razón directamente proporcional a la complejidad de la causa. En ese sentido, si bien es cierto que el artículo 2 de la Nueva Ley Procesal establece determinadas materias como competencia del juez especializado de trabajo, esta enumeración es meramente referencial, puesto que de por sí prima el carácter de la determinación de la competencia en función de la cuantía. Pretender que los jueces de paz letrado conozcan únicamente aquellos procesos en los que la relación laboral está debidamente establecida sería

vaciar de contenido a la reforma procesal y reducir el ámbito de actuación del Juez de Paz Letrado[18].

El II Pleno en el tema 5.2 ha acordado por unanimidad que: "En la Nueva Ley Procesal del Trabajo, los juzgados de paz letrados no son competentes para conocer pretensiones no cuantificables acumuladas con una pretensión cuantificada que sí es de su competencia por la cuantía; pues estos únicamente pueden conocer las materias expresamente señaladas en el artículo 1 de la Ley Nº 29497".

Algunos consideran que en virtud de este acuerdo los Jueces de Paz Letrado Laboral ya no serían competentes para el conocimiento de los procesos laborales en los que se reclama el pago de derechos laborales hasta 50 URP pero que para ello es necesario declarar la existencia de una relación laboral en virtud de la aplicación del principio de primacía de la realidad o la desnaturalización del contrato modal.

Nosotros discrepamos de dicha interpretación, pues como hemos sostenido la desnaturalización de un contrato modal o determinación de la existencia de una relación laboral constituye un petitorio implícito a la reclamación del pago de los beneficios sociales o, dicho de otra forma, constituye la *causa petendi* de la reclamación de pago de beneficios sociales.

Este argumento coincide con el utilizado por el II Pleno para sustentar el Acuerdo 5.3 mediante el cual se señala que los tribunales unipersonales pueden conocer de los recursos de apelación en causas cuya cuantía reconocida en la sentencia no supere las setenta (70) Unidades de Referencia Procesal (URP); aun **cuando exista también reconocimiento de una pretensión no cuantificable**[19] (lo resaltado es nuestro).

En efecto, en la fundamentación correspondiente se señala que "debe tenerse presente, a este respecto, que las pretensiones cuantificables (p.e. pago de beneficios sociales) que tuvieran una causa petendi que implique el análisis de cuestiones como, por ejemplo, la desnaturalización de un contrato modal o la desnaturalización de una relación de prestación de servicios, no pueden entenderse como acumulación de pretensiones cuantificables y no cuantificables, porque la *causa*

(18) Estos conceptos han sido desplegados por el suscrito como Juez Superior Ponente en la sentencia de fecha 26 de mayo de 2014, emitida en la causa Nº 14885-2013-0-1801-JR-LA-14, Cuarta Sala Laboral Permanente de Lima.

(19) El Pleno acordó por unanimidad: La Sexta Disposición Transitoria de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley Nº 29497, establece la competencia de los tribunales unipersonales, señalando que estos pueden conocer de los recursos de apelación en causas cuya cuantía reconocida en la sentencia no supere las setenta (70) Unidades de Referencia Procesal (URP); aun cuando exista también reconocimiento de una pretensión no cuantificable.

petendi no es una pretensión sino solo el fundamento de aquélla"[20], argumentación que se repite exactamente para decidir la competencia del juez de paz letrado[21].

Como hemos señalado, en el pronunciamiento citado líneas arriba, pretender que los jueces de paz letrado conozcan únicamente aquellos procesos en los que la relación laboral está debidamente establecida sería vaciar de contenido a la reforma procesal y reducir el ámbito de actuación del Juez de Paz Letrado.

En efecto, estaríamos convirtiendo al Juez de Paz Letrado Laboral, que en el caso de los jueces titulares han sido seleccionados por el Consejo Nacional de la Magistratura a través de un riguroso proceso, en meros ejecutores del pago de los beneficios sociales de los trabajadores cuya relación laboral ya ha sido definida formalmente, reduciendo de esta forma su ámbito de actuación, desperdiciando su capacidad y formación así como privando la posibilidad de formar adecuadamente los cuadros jurisdiccionales cuando exista la necesidad de promoverlos para asumir responsabilidades como Jueces Especializados de Trabajo.

XII. CONCLUSIONES

1. La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación Laboral Nº 7353-2013-Cusco, mediante resolución de fecha quince de noviembre de dos mil trece se ha referido, aunque sin mencionarlo, a la aplicación del petitorio implícito en los procesos abreviados de reposición. En efecto el Supremo Tribunal ha señalado que "(…) ya sea por la desnaturalización de un contrato sujeto a modalidad, o por aplicación del principio de primacía de la realidad, como ocurre en el presente caso, como presupuesto previo al pronunciamiento respecto a la pretensión de reposición, no constituye una pretensión autónoma e independiente de la pretensión de reposición, sino que

(20) Informe y acta del II PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL p. 57. En: <www.pj.gob.pe/.../Informe+y+Acta+II+Pleno+Jurisdiccional+Supremo+en...>.

(21) En efecto se señala lo siguiente: "Debe tenerse presente, a este respecto, que las pretensiones cuantificables (p.e.pago de beneficios sociales) que tuvieran una causa pretendi que implique el análisis de cuestiones como, por ejemplo, la desnaturalización de un contrato modal o la desnaturalización de una relación de prestación de servicios, no pueden entenderse como acumulación de pretensiones cuantificables y no cuantificables, porque la *causa petendi* no es una pretensión sino solo el fundamento de aquella". Informe y acta del II PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL, p. 56. En: <www.pj.gob.pe/.../Informe+y+Acta+II+Pleno+Jurisdiccional+Supremo+en...>.

forma parte de la causa petendi de esta última, existiendo para su verificación por parte del juez, una norma específica que en el proceso laboral coadyuva a la misma (art. 23.2 de la Ley Nº 29497)".

2. El II Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral en Materia Laboral-2014, (acuerdo 3.3), se determinó por unanimidad que *en aplicación de la Ley Nº 29636, las pretensiones de impugnación de despido incausado o despido fraudulento pueden acumularse a cualesquiera otras pretensiones, bajo las formas que prevé el artículo 87 del Código Procesal Civil, y serán tramitadas en la vía proceso ordinario laboral, de conformidad con el literal a) del numeral 2 del artículo 4 de la Ley Nº 26636:* **Mientras que, al amparo de la Ley Nº 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, las pretensiones de reposición en los supuestos de despido incausado o despido fraudulento solo podrán plantearse como pretensión principal única y serán tramitadas en la vía del proceso abreviado laboral; mientras que, sin son acumuladas a otras pretensiones distintas a aquella, serán de conocimiento del juez laboral en la vía del proceso ordinario laboral, de conformidad con el artículo 2, inciso 2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo** (el resaltado es nuestro).

3. Consideramos que el acuerdo arribado por el II PLENO es perfectamente compatible con la posición asumida por le Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente en la **Casación Laboral Nº 7353-2013-Cusco,** pues si bien se señala en el último pleno que **las pretensiones de reposición en los supuestos de despido incausado o despido fraudulento solo podrán plantearse como pretensión principal única y serán tramitadas en la vía del proceso abreviado laboral** ello no obsta a que en el mismo proceso abreviado se pueda emitir pronunciamiento respecto a la desnaturalización del contrato sujeto a modalidad o la determinación de la existencia de una relación laboral por primacía de la realidad pues como hemos expuesto ampliamente en el presente trabajo dichas circunstancias no constituyen sino un petitorio implícito en las reclamaciones de reposición pues forman parte de la *causa petendi* o razón de pedir de la demanda.

4. Con ello se rescata la razón de ser de la regulación contenida en el artículo 2.2. de la NLPT, pues al establecer una vía expeditiva –que en

algunos casos dependiendo de la carga procesal que maneje un órgano jurisdiccional puede ser mas **célere que un proceso de amparo– para estas reclamaciones está destacando la importancia de los derechos en juego. En efecto, nosotros** hemos tenido la oportunidad de expresar que "(…) disponerse que corresponde sustanciarse en la vía del proceso abreviado implica definitivamente que se está tratando de darle un trámite más rápido y expeditivo pues propiamente nos encontramos ante un despido lesivo de derechos constitucionales", comentario que es perfectamente válido para las demandas de reposición de despido fraudulento y despido incausado. De lo contrario, asumir una interpretación en el sentido restrictivo, esto es, que se tenga que acudir a un proceso ordinario laboral para reclamar la reposición y la desnaturalización de un contrato o la determinación de la relación laboral por primacía de la realidad significaría vaciar de contenido a la norma prevista en el artículo 2.2. antes citado.

5. Siendo que el pago de las remuneraciones devengadas constituye consecuencia necesaria de una demanda de nulidad de despido declarada fundada, como lo establece el artículo 40 del Decreto Supremo Nº 03-97-TR, Texto Unico Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el otorgamiento de dichos sueldos caídos y el depósito de la CTS no resulta sino de la aplicación del principio jurídico de que **lo accesorio sigue la suerte de lo principal.**

6. Incluso, consideramos que en virtud del principio de *suplencia indirecta de la demanda* el juez podría ordenar estos conceptos aún cuando no hayan sido considerados en la demanda, lo cual de ningún modo implicaría que nos encontremos ante un fallo *extra petita*, proscrito en nuestro sistema procesal laboral –a diferencia de la facultad del fallo *ultra petita* que sí se encuentra expresamente reconocido en el articulo 48 inciso 3 de la Ley Nº 26636 y el artículo 31 de la NLPT–. Se trata únicamente de la aplicación del principio descrito en el párrafo anterior.

7. Las consideraciones expuestas, salvo el caso de la suplencia indirecta de la demanda, son perfectamente aplicables a los procesos de reposición por despido fraudulento o incausado, pues, al declararse la

ilegalidad del despido, se está determinando la ineficacia del mismo lo cual debe tener los mismos efectos y consecuencias que la nulidad de despido pues de lo contrario se podría estarse incentivando conductas lesivas a los derechos del trabajador.

8. Si bien es cierto la Nueva Ley Procesal de Trabajo, establece en el artículo 1.1 que el Juez de Paz Letrado conoce en proceso abreviado laboral, las pretensiones referidas al cumplimiento de obligaciones de dar no superiores a cincuenta (50) Unidades de Referencia Procesal, la referencia de la cuantía tiene que ver únicamente a efectos de establecer la simplicidad o complejidad de un proceso, porque no hay que olvidar que el criterio de la cuantía para determinar la competencia está en razón directamente proporcional a la complejidad de la causa. En ese sentido, si bien es cierto que el artículo 2 de la Nueva Ley Procesal establece determinadas materias como competencia del juez especializado de trabajo, esta enumeración es meramente referencial, puesto que de por sí prima el carácter de la determinación de la competencia en función a la cuantía.

9. Algunos consideran que en virtud de este acuerdo los Jueces de Paz Letrado Laboral ya no serían competentes para el conocimiento de los procesos laborales en los que se reclama el pago de derechos laborales hasta 50 URP pero que para ello es necesario declarar la existencia de una relación laboral en virtud de la aplicación del principio de primacía de la realidad o la desnaturalización del contrato modal.

10. Nosotros discrepamos de dicha interpretación pues como hemos sostenido la desnaturalización de un contrato modal o determinación de la existencia de una relación laboral constituye un petitorio implícito a la reclamación del pago de los beneficios sociales o, dicho de otra forma, constituye la *causa petendi* de la reclamación de pago de beneficios sociales.

11. Pretender que los jueces de paz letrado conozcan únicamente aquellos procesos en los que la relación laboral está debidamente establecida sería vaciar de contenido a la reforma procesal y reducir el ámbito de actuación del Juez de Paz Letrado. En efecto, estaríamos convirtiendo al Juez de Paz Letrado Laboral, que en el caso de los

jueces titulares han sido seleccionados por el Consejo Nacional de la Magistratura a través de un riguroso proceso, en meros ejecutores del pago de los beneficios sociales de los trabajadores cuya relación laboral ya ha sido definida formalmente, reduciendo de esta forma su ámbito de actuación, desperdiciando su capacidad y formación así como privando la posibilidad de formar adecuadamente los cuadros jurisdiccionales cuando exista la necesidad de promoverlos para asumir responsabilidades como Jueces Especializados de Trabajo.

LIBERTAD SINDICAL Y PRÁCTICAS ANTISINDICALES: NOCIONES ESENCIALES DE UN DERECHO COMPLEJO Y LA PLURIOFENSIVIDAD DE SU AFECTACIÓN

Lidia Vílchez Garcés

A lo largo de los años, la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional han intentado perfilar un concepto de libertad sindical, el cual ha evolucionado para llegar a ser hoy, en materia de Derecho Laboral, el derecho fundamental más complejo(1) y cuya tutela se persigue con más determinación(2).

(1) "Libertad sindical que viene definida, más por el conjunto de derechos que componen su contenido esencial y sin los que sería irreconocible, como un lugar de encuentro de diversos poderes perfectamente diferenciables, pero cuya síntesis conduce a la obtención del fin jurídico al que sirve, esto es, la organización colectiva de los trabajadores para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales". De este modo, el derecho a la libertad sindical es un derecho "especialmente resistente a todo propósito de encorsetar sus elementos básicos. Sea como fuere y al margen de las anteriores consideraciones, en la identificación de la libertad sindical que constituye el objeto de la protección privilegiada que nuestro ordenamiento reconoce, es común entender que aquella engloba una dual protección, individual y colectiva. VALDEOLIVAS GARCÍA, Yolanda. *Las conductas lesivas de la libertad sindical*. 1ª ed., Consejo Económico y Social - Colección Estudios, Madrid, febrero de 1994. p. 39. Es interesante adicionalmente, la posición de Gabriel García Becedas, en el sentido que "no cabe deducir un contenido dual, sino un contenido único de un mismo derecho que ahora sí sería atribuido a una dualidad de sujetos de significación individual unos (…) y colectiva otros". GARCÍA BECEDAS, G. "Apuntes para un análisis de la libertad sindical en la Constitución española". En: *RPS*. Nº 124, 1979, p. 50.

(2) Con relación a esta protección, se señala que: "Conviene recordar la existencia de un amplio abanico de procedimientos de protección o tutela internacional de la libertad sindical, si bien se caracterizan por una importante debilidad de su fuerza jurídica, limitado sus efectos a las "sanciones morales" o al ámbito del *soft law* (derecho no vinculante). El ámbito más significativo de protección es, sin duda, el delimitado por la normativa de la OIT, que cuenta tanto con procedimientos generales, compartidos con el resto de derechos laborales (…), como con procedimientos específicos para la tutela de la libertad sindical (…) Una referencia especial merece la actividad garantizadora de los derechos de libertad sindical por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Estrasburgo). Este Tribunal, si bien a través

En atención a su complejidad, nos interesa repasar de manera sucinta, su contenido y alcances para, en un segundo momento, estudiar sus distintas formas de afectación. Así, la violación de este derecho, se materializa a través de las denominadas prácticas antisindicales, cuya materialización trasunta un carácter grave y pluriofensivo, por las consideraciones que se expondrán más adelante.

I. NOCIONES ESENCIALES

En este sentido, si bien inicialmente se entendía por libertad sindical únicamente, el derecho de constituir organizaciones (ya sea por parte de trabajadores como empleadores), hoy se le reconoce una naturaleza más bien compleja(3) y de suma trascendencia(4). Así, está compuesta por una serie de derechos, de organización y de actividad(5), tanto positivos como negativos; e individuales (que se refieren al individuo en el marco de la organización sindical) y colectivos(6) (referidos

---

del derecho general de asociación, ha juzgado violaciones de las libertades sindicales". VIDA SORIA, José; MONEREO PÉREZ, José Luis et ál. *Manual de Derecho Sindical*. 3ª ed., Consejo Económico y Social - Colección Estudios, Madrid, setiembre de 2008, pp. 125-126.

(3) "La moderna doctrina enseña que no es factible definir con precisión la libertad sindical, por cuanto se trato de un concepto en proceso de evolución y dinámico por excelencia. Cualquier definición solo recogerá aspectos parciales de su rico contenido". MARCENARO FRERS, Ricardo. *El trabajo en las Constituciones latinoamericanas y europeas*. Lima, 2004, p. 58.

(4) De este modo, se postula que "la promoción de los principios de libertad sindical y de asociación y negociación colectiva es fundamental para que se pueda progresar en el cumplimiento de los derechos fundamentales y por tanto, en el logro de los objetivos de generación de trabajo decente y consolidación democrática en la región. Las relaciones laborales son elementos básicos del progreso económico y social de los países". LEVAGGI, Virgilio. *Democracia y trabajo decente en América Latina*. 1ª ed., Oficina Internacional del Trabajo, Lima, 2006, p. 136.

(5) En atención a esta naturaleza, se reconoce que ha sido el sindicato, "al imponer la negociación colectiva como instrumento de establecimiento de nuevas condiciones de trabajo, el que quebró el axioma decimonónico de que solo el Estado creaba Derecho", lo cual "supuso una verdadera revolución jurídica protagonizada por el derecho laboral a través del sindicato y la autonomía colectiva", siendo además el sindicato "el sujeto preferente del conflicto". ERMIDA URIARTE, Óscar. "Crítica de la libertad sindical". En: *Derecho PUCP*. Nº 68: el rumbo de las reformas laborales. Balance y Perspectivas, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012, p. 37.

(6) En la Constitución Política de España de 1978 por ejemplo, se distingue entre libertad sindical individual y colectiva. La primera de ellas, referida al derecho de crear y afiliarse a organizaciones, a participar en la vida del sindicato y de no afiliarse a ninguno – o libertad sindical negativa. Posteriormente surge el concepto de libertad sindical colectiva, pues si bien se reconocían los derechos descritos anteriormente, los poderes públicos y empresarios impedían el desarrollo de las actividades del sindicato. Puntualiza Ojeda que: "los informes del Comité de Libertad Sindical se encuentran llenos de injerencias de ese tipo. Incluso en países como en Francia o España, en épocas liberales que llegan hasta el siglo XX, las asambleas del sindicato deben contar con la presencia de un delegado gubernativo con facultades de suspender la reunión". A raíz de ello, "se reconoce la libertad del nuevo ente para autoorganizarse sin injerencias externas, y la libertad del mismo para actuar con los instrumentos tradicionalmente del sindicato como son la negociación colectiva y la huelga, aunque el debate sobre los contenidos sobre la libertad sindical colectiva continúa planteando problemas que podríamos denominar de segunda generación". OJEDA, Antonio. *Derecho Sindical*. 8ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2003, pp. 149-150.

a la organización en su conjunto como sujeto especial de tutela)[7], que deben gozar de protección estatal y de una garantía supranacional para asegurar el respeto y la autonomía en su ejercicio[8] [9]. En este marco, Neves proporciona una definición sucinta del derecho en cuestión, al señalar lo siguiente:

> "Combinando todos los factores mencionados, podemos concluir, sin ánimo de proporcionar una definición cerrada, que sería la más opuesta a la lógica de este derecho - que la libertad sindical es el derecho de los trabajadores a constituir, afiliarse y participar en las organizaciones sindicales, así como el derecho de estas a elegir a sus representantes, redactar sus estatutos, desarrollar actividades, formar organizaciones sindicales de grado superior y disolver las organizaciones sindicales. Todo ello sin injerencia del empleador ni del Estado y con la debida tutela de este, mediante diversos mecanismos y facilidades encaminadas a permitir e incluso promover el ejercicio efectivo del derecho"[10].

Se trata, en última cuenta, de un derecho de actividad complejo, dinámico y cuya razón de ser primordial es viabilizar el ejercicio de las funciones y objetivos de la organización sindical, constituida a efectos de obtener mejoras en sus condiciones económicas y de trabajo.

---

(7) Resulta ilustrativa la salvedad introducida por Ojeda respecto de la dificultad de definir a la libertad sindical, atendiendo a la cantidad de elementos que ella en sí misma contiene. Así, dicho autos señala que la libertad sindical "se resiste a quedar encorsetada dentro de una definición donde aparezcan sus elementos básicos". OJEDA, Antonio. "Delimitación, contenido y restricciones de la libertad sindical". En: AA.VV. *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical*. Editorial Tecnos, Madrid, 1986, p. 23.

(8) Lo afirmado lamentablemente implica reconocer el pobre rol que en muchos casos han asumido las legislaciones internas para tratar esta materia. En este sentido "el absentismo o abstencionismo de la Ley, se acompaña simultáneamente de un reconocimiento de la autonomía colectiva –también de la individual– como reguladora del mercado y asimismo de una proliferación de las llamadas *soft laws*, en realidad recomendaciones a los particulares sobre buenas prácticas a seguir en algún aspecto concreto. No estamos hablando de normas dispositivas, las cuales se imponen cuando los afectados las incorporan como suyas, voluntariamente. Desde siempre este carácter es el que en la práctica corresponde a los Convenios de la OIT (desde que su ratificación es voluntaria y, además, el incumplidor de sus preceptos por los países firmantes no tiene repercusiones prácticas para el incumplidor) y desde luego las recomendaciones del mismo organismo internacional. Es también el de la Declaración OIT sobre Derechos Humanos, de junio de 1998 y hasta una Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales (…) El valor de semejantes normas blandas no puede ser menospreciado". OJEDA, Antonio. *Derecho Sindical*. Ob. cit., p. 109.

(9) "Y es que la eficacia de un derecho está llamada a quebrarse si no se establece un sistema de garantías adecuado, mediante el cual se impida su transformación en una mera declaración formal, vacía de contenido material y real; así, la efectividad de los derechos subjetivos reconocidos en el ordenamiento dependerá, en buena medida, de cuáles sean las respuestas creadas por el mismo para el caso de su lesión". VALDEOLIVAS GARCÍA, Yolanda. *Las conductas lesivas*. Ob. cit., p. 20.

(10) NEVES MUJICA, Javier. Prólogo: VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La libertad sindical en el Perú, fundamentos, alcances y regulación*. Editado por PLADES, Lima, 2010, p. 15.

Negar esta especial naturaleza de derecho de actividad, implicaría vaciar íntegramente de contenido a la libertad sindical. Ello ha sido recogido por la Constitución española de 1978, la cual en su artículo 7 reconoce a los sindicatos la calidad de sujetos colectivos que ejercen una "función de defensa y promoción de los intereses económicos y sociales"(11). Así, de nada serviría reconocer un derecho si no se admite su vertiente activa en aras a la protección y la defensa de los intereses de los trabajadores. En tal sentido, resulta acertado sostener que "de nada sirve la posibilidad de crear un sindicato al cual se impida cualquier actividad"(12).

Es decir, no basta reconocer la posibilidad de constituirse, sino que se debe dotar a la organización sindical de las garantías que le permitan actuar con miras a alcanzar los objetivos que le son inherentes. Así, conforme lo pone de relieve la OIT mediante la Resolución de 1952 sobre la Independencia del Movimiento Sindical, la misión fundamental de las organizaciones sindicales es el "progreso económico y social de los trabajadores", para lo cual "funcionalmente, el sindicato está dirigido (principalmente) a la confrontación y negociación con los empresarios en nombre de los trabajadores"(13). Más aún, dicha Resolución establece en sus considerandos lo que a continuación se reproduce:

> "Considerando que la existencia de un movimiento sindical estable, libre e independiente es una condición indispensable para el establecimiento de buenas relaciones de trabajo y debería contribuir a mejorar, en todos los países, las condiciones sociales en general;
>
> (…)
>
> Considerando, sin embargo, que a este respecto deben enunciarse ciertos principios esenciales para la protección de la libertad y de la independencia del movimiento sindical y para salvaguardar su misión fundamental que es asegurar el desarrollo del bienestar económico y social de todos los trabajadores".

---

(11) Constitución española del 27 de diciembre de 1978. Artículo 7.- Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos. La referida Constitución y su sistematización trae consigo un debate adicional respecto de la ubicación sistemática de los derechos que forman la libertad sindical (otorgando una especial tutela para la libertad sindical como derecho de sindicación, por encima de los derechos de negociación colectiva y huelga). Sin embargo, el precepto transcrito no deja lugar a interpretación en el sentido que sí se reconoce finalmente cuál es el objetivo último de las organizaciones sindicales. ERMIDA URIARTE, Óscar. Ob. cit., p. 36.

(12) OJEDA AVILÉS, Antonio. *Derecho Sindical*. Ob. cit., p. 151.

(13) OJEDA AVILÉS, Antonio. *Compendio de Derecho Sindical*. 2ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2012, p. 42.

En este contexto, no tiene sentido regular el derecho de libertad sindical de manera genérica, si no se le reconoce al sindicato la posibilidad de actuar de manera independiente, autónoma y libre de injerencias. Por ello, no es posible reconocer el derecho de organizarse como un sujeto colectivo negando la posibilidad de negociar colectivamente o de ejercer legalmente el derecho de huelga. Máxime si de ello se deriva no solamente una suerte de garantía de cumplimiento de los derechos laborales existentes(14), sino inclusive, la posibilidad de crear derecho a través de la suscripción de convenciones colectivas de trabajo. Por ello, es legítimo sostener que "de la interacción de las organizaciones sindicales con los empresarios han surgido las instituciones laborales fundamentales, como el contrato de trabajo, el derecho de asociación y de huelga, el fuero sindical y la protección de la maternidad, los sistemas de seguridad social y protección de la salud en el lugar de trabajo"(15).

Admitido ello, el concepto de libertad sindical, en sus distintas manifestaciones (principalmente como un derecho colectivo de actividad), y dada su especial potencialidad de derecho creador de derechos(16), goza de protección en distintos niveles, debiendo –para brindar una definición acuciosa– analizar transversalmente todos los derechos y libertades reconocidos tanto en el Convenio OIT Nº 87 (Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación), como en el Convenio OIT Nº 98 (Convenio sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva), y –si bien de manera referencial– en el Convenio 135 (Convenio sobre representantes de los trabajadores), el cual al no haber sido ratificado por el Perú, tiene la calidad de recomendación.

II. RECONOCIMIENTO DE LA LIBERTAD SINDICAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Si bien es incuestionable que el principal reconocimiento normativo internacional en relación con el derecho a la libertad sindical lo constituyen los

(14) "Por su sola presencia, el sindicato ya supone un cierto desincentivo a la violación de normas y derechos del trabajador; y, claro está, su acción efectiva puede constituir un incentivo mayor al cumplimiento y prevenir violaciones". ERMIDA URIARTE, Óscar. Ob. cit., p. 27.

(15) HERRERA, Beethoven. *El sindicalismo en el milenio de la globalización*. Oficina Internacional del Trabajo, AECI, OIT, Lima, 2001, p. 163.

(16) "La libertad sindical no es uno más de los derechos humanos o fundamentales, sino que es un prerrequisito o condición de posesión de otros derechos. Usando una expresión a la moda, podría decirse que es "un derecho para tener derechos", un derecho generador o creador de otros derechos (…). Es que si hubiera que elegir uno solo de los derechos humanos laborales, habría que escoger la libertad sindical, porque con ella existe al menos la posibilidad de crear los otros derechos o algunos de ellos. La inversa no se da". ERMIDA URIARTE, Óscar. Lima, 2012, loc. cit.

convenios internacionales de trabajo de la OIT, cuya partida de nacimiento data del año 1919[17] con el Tratado de Versalles, no es menos cierto que el referido derecho a la libertad sindical cuenta con protección a nivel de distintos instrumentos de derecho internacional, en la medida que forma parte de lo que se conoce como derechos humanos laborales[18].

El primero de tales instrumentos, lo constituye la Declaración de Filadelfia, emitida en el año 1944, mediante la cual los Estados miembros de la OIT enumeran una serie de derechos laborales básicos. Este listado, si bien no alude expresamente a la libertad sindical, sí hace una referencia concreta a la libertad de asociación y a la negociación colectiva (numerales I y III f) respectivamente). Por su parte, la Carta de las Naciones Unidas, aprobada en San Francisco en el año 1945, impone obligaciones tanto para la Organización de Naciones Unidas como para los Estados Miembros, en cuanto al deber de promoción de los derechos y libertades fundamentales[19].

Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, reitera el respeto al derecho de asociación (precisando esta vez, dentro del contenido de este derecho, a la asociación con fines sindicales).

Particularmente interesante es el desarrollo contenido en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos

---

(17) Sin desconocer claramente, el valor jurídico histórico que supuso el reconocimiento a nivel constitucional del derecho materia de estudio en la Constitución de Querétaro de 1917.

(18) Nos adherimos a la denominación de "derechos humanos laborales" adoptada por Canessa, quien sostiene que: "Ante la disparidad de términos que se usan para identificar a este importante grupo de derechos, he seleccionado el término derechos humanos laborales como el más apropiado, en razón de que no se trata de una denominación nueva o reciente en el Derecho Internacional. Su uso es continuo por las organizaciones internacionales y los organismos privados. A su vez, es un término que se usa indistintamente en los idiomas como equivalentes (…) Asimismo, se debe resaltar que se trata de una expresión recogida por la jurisprudencia internacional para referirse precisamente a los derechos laborales señalados en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Además, es un término funcional que permite incluir el listado completo de los derechos laborales básicos, sin rechazar que la técnica jurídica formule categorías, distingos o jerarquías dentro de sus componentes. Finalmente, es un término que expresa con claridad la titularidad universal de la persona sobre esos derechos". CANESSA MONTEJO, Miguel. "Los derechos humanos laborales: el núcleo de derechos (*core rights*) y el *ius cogens* laboral". En: *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Nº 72, 2008, pp. 112-113.

(19) Así, el artículo 55 c) de la referida Carta, dispone lo que a la letra dice:

"Artículo 55.- Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá:

c) el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades".

A continuación, el artículo 56 preceptúa lo siguiente:

"Artículo 56.- Todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55".

económicos, sociales y culturales, conocido como el Protocolo de San Salvador, aprobado en dicha ciudad en el año 1988. El Protocolo detalla en el artículo 8 (sobre *Derechos Sindicales*), el compromiso que asumen los Estados Parte de garantizar el respecto de una serie de derechos colectivos, entre los cuales se encuentra la libertad sindical positiva y la negativa, el derecho de formar organizaciones de segundo y tercer nivel, así como el derecho de huelga, en tanto forma de materialización de los mecanismos de presión necesarios para viabilizar el derecho a la libertad sindical(20).

Adicionalmente a los instrumentos internacionales referidos anteriormente(21), en la segunda mitad del siglo pasado fueron aprobados otros instrumentos, tales como el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, las Cartas Sociales Europeas y la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, los cuales incorporan entre otros derechos laborales, el derecho a la libertad sindical, con diverso grado de desarrollo y reconocimiento en cuanto a sus alcances.

III. DERECHOS COMPRENDIDOS EN EL COMPLEJO DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL

Entre los principales derechos reconocidos dentro del derecho a la libertad sindical, se encuentra el derecho de los trabajadores por un lado –tanto desde su faceta individual como colectiva(22)– y de los empleadores por otro, de asociarse

(20) Artículo 8.- Los Estados partes garantizarán:

a) El derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente;

b) El derecho a la huelga.

2. El ejercicio de los derechos enunciados precedentemente solo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que estos sean propios a una sociedad democrática, necesarios para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás. Los miembros de las fuerzas armadas y de policía, al igual que los de otros servicios públicos esenciales, estarán sujetos a las limitaciones y restricciones que imponga la ley.

3. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato".

(21) Respecto de la obligatoriedad de estos instrumentos, ver CANESSA MONTEJO, Miguel. Ob. cit., p. 112.

(22) "Ha de afirmarse como contenido esencial de esta libertad a las facultades de organización en sus dos vertientes –individual y colectiva–, y a la capacidad de obrar general reconocida a cualquier persona jurídica por el mero hecho de constituirse lícitamente". El reconocimiento de otros derechos complementarios supone reconocer un "contenido adicional" a la libertad sindical. Estos contenidos, tanto el esencial como el adicional, en tanto reconocidos estatutariamente pueden ser ampliados o mejorados a través de la negociación colectiva. Ver: OJEDA, A. Ob. cit., pp. 152-153.

libremente con la finalidad de organizar, promover y defender sus intereses profesionales, sin necesidad de autorización previa y en la forma en que lo estimen conveniente. De acuerdo con lo señalado por la OIT, se trata de un "derecho humano básico íntimamente ligado a la libertad de expresión y es la base de la gobernabilidad y la representación democrática"[23]. Así lo ha establecido el artículo 2 del Convenio OIT Nº 87, el mismo que reconoce el derecho de los trabajadores y empleadores, a constituir las organizaciones que estimen necesarias y de afiliarse a ellas.

En adición a ello, el Convenio OIT Nº 87 consagra en su articulado otros derechos, tales como el derecho de organizar libremente las actividades del sindicato, el derecho de obtener personería jurídica, el derecho a constituir federaciones y confederaciones, y el derecho de afiliarse a organizaciones sindicales internacionales.

Ya en el campo del Derecho nacional, el derecho a la libertad sindical se encuentra consagrado en el artículo 28.1 de la Constitución Política de 1993, el cual lo garantiza y reconoce de la siguiente manera:

> "Artículo 28.- El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:
>
> 1. Garantiza la libertad sindical.
>
> 2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.
>
> La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.
>
> 3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones".

Como se aprecia, la regulación constitucional juega un rol de garante ("El Estado reconoce y garantiza"), no siendo necesario que en su texto se incorpore un desarrollo del contenido de la libertad sindical en cualquiera de sus tres vertientes (libertad sindical en sentido estricto, negociación colectiva y huelga),

(23) OIT. *Los Convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo*. 1ª ed., Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2002, p. 9.

correspondiendo este desarrollo a las normas supranacionales especializadas (Convenios Internacionales de Trabajo de la OIT) y, derivadas de la Constitución, a las normas legales y reglamentarias(24).

En este mismo sentido, el artículo 2 del TUO de la LRCT, señala que: "[E] l Estado reconoce a los trabajadores el derecho a la sindicación, sin autorización previa, para el estudio, desarrollo, protección y defensa de sus derechos e intereses y el mejoramiento social, económico y moral de sus miembros".

A este respecto, el TC ha desarrollado este derecho, señalando lo que a continuación transcribimos:

> "La libertad de sindicación, entendida como la capacidad autodeterminativa para participar en la constitución y desarrollo de las actividades sindicales, tiene como contenido esencial un haz de facultades y de derechos, tales como el derecho a fundar organizaciones sindicales; el derecho de libre afiliación, desafiliación y reafiliación en las organizaciones sindicales; el derecho a la actividad sindical; el derecho de las organizaciones sindicales a ejercer libremente las funciones que la Constitución y las leyes le asignen, en defensa de los intereses de sus afiliados; el derecho a que el Estado no interfiera –salvo el caso de violación de la Constitución o la ley– en las actividades de las organizaciones sindicales"(25).

Cabe recordar que bajo esta misma línea, Giugni se refiere al derecho a la libertad sindical como la "facultad de actuar en tutela y para la promoción de los intereses implicados en el mundo del trabajo (para lo cual) se atribuye a los propios sujetos protagonistas del conflicto como expresión de su posición de libertad"(26). Siguiendo con esta posición, señala que "el derecho de organizarse libremente se manifiesta en primer lugar, en el sentido de inhibir al Estado en la realización de actos que puedan lesionar el interés tutelado por medio del reconocimiento del derecho subjetivo público de libertad"(27).

---

(24) De este modo, si bien prima facie se podría entender que se trata de un listado incompleto, "basta dar cabida al diversificado conjunto de facultades que integran este derecho. Más aún si traemos a colación el artículo 3 de nuestra Constitución, según el cual 'la enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los derechos que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno'". VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. Ob. cit., 2010, pp. 51-52.

(25) Fundamento 26 de la sentencia recaída en el Exp. Nº 0008-2005-PI/TC, de fecha 14 de marzo de 2005.

(26) GIUGNI, Gino. *Derecho Sindical*. Traducción y estudio preliminar Vida Soria y Montalvo Correa; Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1983, p. 66.

(27) Ídem.

Por su parte, el TC desarrolla ya no solamente el derecho a la libertad sindical positiva, sino que incorpora a nivel de jurisdicción constitucional, la noción de libertad sindical negativa[28]:

> "La libertad sindical intuito persona plantea dos aspectos:
>
> - Aspecto positivo: Comprende el derecho de un trabajador a constituir organizaciones sindicales y a afiliarse a los sindicatos ya constituidos. Dentro de ese contexto se plantea el ejercicio de la libertad sindical.
>
> - Aspecto negativo: Comprende el derecho de un trabajador a no afiliarse o desafiliarse de una organización sindical"[29].

Resulta sintomático que en una legislación como la peruana, que detenta una tendencia liberal en cuanto a la protección de los derechos individuales de trabajo[30] y restrictiva en cuanto al ejercicio de los derechos sindicales, incorpore no solo a nivel de su legislación (art. 3 del TUO de la LRCT), sino también a nivel de su jurisprudencia constitucional, el énfasis en cuanto a la libertad sindical negativa. Respecto de este derecho, Ermida señala que "la admisión sin reservas de tal libertad sindical negativa implica la interdicción total o parcial, de las denominadas 'cláusulas sindicales' o 'cláusulas de seguridad'", concepto ampliamente discutido, existiendo algunos importantes autores (tales como Octavio Bueno Magano), quienes no consideran a la libertad sindical negativa como un derecho individual, sino como un derecho colectivo con consecuencias fortificadoras de su estructura[31].

Lo anteriormente expuesto –se entiende– podría calificarse como el reconocimiento a una orientación política de legitimar la no promoción activa a nivel legislativo de la libertad sindical, trayendo como consecuencia un estancamiento de la actividad colectiva atendiendo a un "*derecho fundamental de no afiliación*",

(28) Entendida esta como el derecho de los trabajadores a no incorporarse a una organización sindical o no permanecer en aquella de la que formen parte, bastando para ello su voluntad en cualquiera de los dos sentidos y sin que su decisión les pueda acarrear represalia alguna. VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. Ob. cit., p. 123.

(29) Fundamento 27 de la sentencia recaída en el Exp. Nº 0008-2005-PI/TC, de fecha 14 de marzo de 2005.

(30) Introducida a partir de la década de 1990 durante el gobierno del expresidente peruano Alberto Fujimori, de tendencia flexibilizadora y desreguladora.

(31) Ver: BUENO MAGANO, Octavio. *Organização sindical brasileira*. Sao Paulo, 1982, pp. 135-136, citado por ERMIDA URIARTE, Oscar y VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. Lima, 1991, p. 39.

contrario al deber promocional que recae en el Estado Social de Derecho(32). Sin embargo, ello bien podría tratarse, como lo establece el fragmento transcrito anteriormente de la sentencia del TC, del reconocimiento de un derecho de cada trabajador en su calidad de individuo(33).

Cabe anotar que este derecho de no afiliación no se encuentra reconocido expresamente en los convenios de la OIT(34), si bien sí ha sido reconocido por la doctrina y por el TUO de la LRCT. En este orden de ideas, el artículo 3 del TUO de la LRCT reconoce que la afiliación es libre y voluntaria, señalando expresamente que "no puede condicionarse el empleo de un trabajador a la afiliación, no afiliación o desafiliación, obligársele a formar parte de un sindicato, ni impedírsele hacerlo". Abundando en lo referido anteriormente, nuevamente el TC reconoce en cuanto a la libertad sindical negativa, lo que a continuación se transcribe:

> "Al respecto este Colegiado ha establecido que su contenido esencial tiene dos aspectos: (...) el segundo se refiere a la facultad de afiliarse o no afiliarse a este tipo de organizaciones"(35).

De este modo además, queda plasmada una posición de la legislación nacional contraria a aquella del sistema anglosajón que habilita la utilización de las llamadas cláusulas sindicales, siendo la más paradigmática de ellas –si bien ciertamente, no la única– la del *closed shop* o taller cerrado, la cual condiciona el empleo de un trabajador a la pertenencia a determinada organización sindical(36).

---

(32) Así, "la promoción de la libertad sindical por parte del Estado que, como se verá, es además una obligación expresa impuesta por nuestro texto constitucional, resulta fundamental, puesto que la idoneidad del fenómeno sindical para equilibrar las desiguales relaciones existentes en el mundo del trabajo es incontrastable; con lo que no puede soslayarse la actuación estatal necesaria para la materialización del Estado Social de Derecho canalizada a través del apoyo y la tutela de la libertad sindical". VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. Lima, 2010, p. 49.

(33) "Los textos internacionales se manifiestan en este punto muy prudentes, como ya vimos, pues colisionan ahora dos libertades con un mismo origen –la individual y la colectiva–, y las respuestas en uno u otro sentido pueden dañar seriamente el sindicalismo que se quiere preservar. Solo reconocen la libertad sindical negativa la Carta Social Europea (art. 5) y la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales (art. 11.2). OJEDA, Antonio. *Compendio de Derecho Sindical*. 2ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2012, p. 52.

(34) Al respecto, Giugni señala que "las fuentes internacionales no garantizan esta libertad, y dicha omisión no es casual, se deriva de la oposición de los representantes de países (Gran Bretaña, Estados Unidos) en los cuales es frecuente el recurso a las cláusulas contractuales de seguridad sindical, tales como la closed shop (obligación del empresario de contratar solamente trabajadores afiliados al sindicato), la union shop (obligación del trabajador que se acaba de contratar de afiliarse al sindicato so pena de ser despedido) o los llamados 'beneficios reservados' (exclusión de los trabajadores no afiliados al sindicato de las mejoras obtenidas en la contratación colectiva". GIUGNI, Gino. Ob. cit., p. 75.

(35) Fundamento 3 de la STC Exp. Nº 3311-2005-PA/TC de fecha 5 de enero de 2006.

(36) "Las cláusulas sindicales (de consolidación) reiteramos, se encuentran proscritas en el Perú, por lo que no es posible una limitación convencional de la libertad sindical de las otras organizaciones por este camino". ERMIDA URIARTE, Oscar y VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *Sindicatos en libertad sindical*. 3ª ed., Lima, 1991 (Asociación Laboral para el Desarrollo ADEC - ATC), p. 76.

Por otro lado, el Convenio OIT Nº 98 reconoce el derecho de protección contra los actos de discriminación orientada a perjudicar a los trabajadores organizados en su empleo, así como contra cualquier acto de injerencia en la constitución, funcionamiento y organización de los sindicatos. Así, el referido Convenio, ha definido los actos de injerencia como a continuación se señala:

> "Artículo 2.2.- Se consideran actos de injerencia, en el sentido del presente artículo, principalmente las medidas que tiendan a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o una organización de empleadores, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de trabajadores, con el objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de un empleador u organización de empleadores".

Con relación a este mismo derecho, el TUO de la LRCT, de la mano con la premisa de garantía de la libertad sindical plasmada en nuestra Constitución, proscribe en su artículo 4, conductas análogas a las contenidas en el artículo 2.2 del Convenio OIT Nº 98 reproducido anteriormente, conforme a la letra dice:

> "Artículo 4.- El Estado, los empleadores y los representantes de uno y otros deberán abstenerse de toda clase de actos que tiendan a coactar, restringir o menoscabar, en cualquier forma, el derecho de sindicalización de los trabajadores, y de intervenir en modo alguno en la creación, administración o sostenimientos de las organizaciones sindicales que estos constituyen".

A continuación se repasará brevemente el contenido de estas conductas, las formas a través de las cuales aquellas se materializan, así como algunos ejemplos a efectos de ilustración.

IV. PRÁCTICAS ANTISINDICALES

1. Definición general

El Convenio OIT Nº 98 sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva[37] es la norma que desarrolla con mayor precisión el tema de las prácticas desleales. Así, en su artículo 1, el Convenio hace referencia a la protección contra

(37) Adoptada en Ginebra en 1949 y ratificada por el Perú mediante Resolución Legislativa Nº 14712 de fecha 18 de noviembre de 1961.

actos de discriminación por motivos sindicales, mientras que en el artículo 2, alude a los actos de injerencia de las organizaciones de trabajadores respecto de las de empleadores y viceversa(38).

A manera de síntesis, corresponde señalar que el Convenio OIT Nº 98 proscribe lo siguiente: (i) sujetar el empleo de un trabajador a condición de no afiliarse a un sindicato o a que se desafilie; (ii) despedir o perjudicar a un trabajador a causa de su afiliación o participación en actividad sindical; (iii) fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador; y (iv) sostener económicamente o de otra firma a un sindicato con la finalidad de controlarlo.

Visto lo anterior, es posible definir las prácticas antisindicales como aquellas conductas, principal pero no exclusivamente, del empleador u organizaciones de empleadores, orientadas a menoscabar el derecho al libre ejercicio de la libertad sindical por parte de los trabajadores, buscando evitar que los afiliados a las organizaciones sindicales puedan ejercer los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento jurídico.

Resulta de sumo interés la definición desarrollada por Valdeolivas al respecto, al señalar lo siguiente:

> "(...) el concepto de conducta antisindical o de antisindicalidad ha de encuadrar cualesquiera actuaciones de cualesquiera sujetos, públicos o privados, individuales o colectivos, susceptibles de lesionar los derechos de libertad sindical, ya sean de titularidad individual o colectiva. De este modo, se expresa un concepto que, como consecuencia de la generalidad de los elementos objetivo y subjetivo que lo definen, permite extender la protección de la libertad sindical frente a todo y a todos, asegurando un ejercicio pleno de cuantas facultades integran el derecho fundamental, mediante la represión y sanción de los comportamientos negadores de este"(39).

---

(38) Sobre esta distinción entre discriminación y actos de injerencia, Ermida realiza una distinción importante, para luego concluir que ambas conductas pueden perfectamente englobarse en el concepto de práctica antisindical. Así, sostiene que "la diferencia más precisa entre los actos de discriminación antisindical y los actos de injerencia (…) parece radicar en que los primeros se dirigen más directamente a uno o varios trabajadores –por más que– tal conducta agreda tanto valores o intereses individuales de ese o esos trabajadores, como colectivos (…), mientras que los segundos se dirigen más directamente contra la organización profesional. La expresión (de prácticas, actos o conductas antisindicales) englobando en un solo concepto los actos de discriminación antisindical, los actos de injerencia y las prácticas desleales". ERMIDA URIARTE, Oscar. Ob. cit., pp. 16 -17.

(39) VALDEOLIVAS GARCÍA, Yolanda. *Las conductas lesivas de la libertad sindical*. 1ª ed., Consejo Económico y Social - Colección Estudios, Madrid, febrero de 1994, p. 24.

Baste señalar en este punto que mediante estas prácticas se persigue –en el momento genético de la organización colectiva– limitar o impedir de cualquier forma, el derecho de los trabajadores de agruparse colectivamente para la defensa de sus intereses. Asimismo, una vez creada la organización, se busca restringir su actividad, intentando controlar a las organizaciones, a sus representantes, afectando el derecho a organizar las actividades de manera autónoma, con la evidente finalidad de eliminar los sindicatos, reduciendo así las posibilidades de verse obligados a llevar a cabo procedimientos de negociación colectiva o encontrarse sometidos a medidas de fuerza para el logro de reivindicaciones salariales y sociales.

Cabe precisar que el sujeto activo de las conductas antisindicales podría ser cualquiera. En la legislación española, por ejemplo, se configura una cláusula residual que alude a "cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada" como potencial agresor del derecho a la libertad sindical. En cuanto a los sujetos pasivos de la conducta antisindical (los cuales son a su vez los sujetos activos en cuanto a la reclamación de la conducta), se ha señalado que "aquellos lo son tanto el trabajador individual como el sindicato, lo que se comparece correctamente con la doble titularidad del derecho de la libertad sindical, individual y colectiva"[40].

Si bien las prácticas antisindicales tradicionalmente han sido llevadas a cabo por los empleadores, no se limitan a los referidos sujetos activos. Por el contrario, encontramos que esta clase de práctica, también puede ser llevada a cabo por otros agentes, tales como las autoridades gubernamentales o los propios trabajadores[41]. De este modo, en el primer caso, para un gobierno en determinado momento, la actividad sindical podría ser percibida como un obstáculo en la realización de determinados objetivos nacionales.

Un claro ejemplo de lo anteriormente expuesto, se presentó a inicios de la década de los noventa en el Perú, época en la cual la actividad sindical se vio

(40) VALDEOLIVAS GARCÍA, Yolanda. Ob. cit., p. 31.

(41) No obstante ello, "no puede sorprender la preferente atención que esta materia se presta a las relaciones intersubjetivas privadas, lo que encuentra apoyo en un dato que se estima fundamental, cual es que, en la actual realidad sindical, las formas más visibles de violación del derecho fundamental se hallan no tanto en las relaciones entre los particulares y el Estado, cuanto en las de los particulares entre sí, y de forma muy especial, en las relaciones entre trabajadores y empleadores, así como entre sindicatos y empresarios, en el estricto marco de la empresa". VALDEOLIVAS GARCÍA, Yolanda. Ob. cit., pp. 31-32. En este mismo sentido, Giugni puntualiza que "la operatividad de la norma (…) se manifiesta también en el ámbito de las relaciones inter subjetivas de carácter privado. Dicho aspecto presenta un interés central para el derecho del trabajo: en realidad, las formas más visibles de violación del derecho de libertad sindical pueden encontrarse en la realidad actual, no tanto en las relaciones entre individuos y Estado, cuanto en las relaciones entre trabajadores y empleadores". GIUGNI, Gino. Ob. cit., pp. 66-67. Para mayor información al respecto: BRONSTEIN, Arturo S. "Protección de la libertad Sindical". En: *El Derecho Sindical en América Latina*. 1ª ed., Coordinadores Oscar Ermida Uriarte y Antonio Ojeda Avilés. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1995.

reducida dramáticamente precisamente a raíz de políticas legislativas orientadas a flexibilizar la economía. En dicha época se consideraba al trabajador organizado como un obstáculo para el crecimiento del país persiguiendo el Gobierno, en consecuencia, la desaparición de los sindicatos como organizaciones representativas de los intereses de los trabajadores. Ello llevó a la publicación del Decreto Ley Nº 25593 (*Ley que regula las relaciones laborales de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada*), norma que en su redacción original contenía una serie de restricciones y limitaciones a la actividad sindical(42).

Asimismo, y si bien este tema ha sido menos desarrollado, también es posible hablar de prácticas antisindicales realizadas por la propia organización de trabajadores(43). Esto por ejemplo se configura con la implementación de cláusulas sindicales, tan comunes en los sistemas anglosajones. Algunos ejemplos de estas cláusulas son la ya mencionada cláusula de "*closed shop"* o taller cerrado, en cuyo marco se prohíbe a un empleador contratar a un trabajador que no se encuentre afiliado a determinado sindicato; la cláusula "*union shop"* o taller sindical, por la cual el empleador puede contratar trabajadores no afiliados, pero con el empleo condicionado a que estos se afilien a determinado sindicato, entre otras(44).

Otro supuesto de prácticas antisindicales se daría, de acuerdo con la legislación peruana, en caso la dirigencia de un sindicato adopte de manera arbitraria, contraviniendo sus estatutos (norma primordial que contiene las principales atribuciones, facultades, derechos y obligaciones de los miembros del sindicato y la junta directiva), la decisión de acudir a huelga, pese a no haber sido aquella una decisión tomada de manera democrática en asamblea, alterando así la facultad de organización y de toma de decisiones de los trabajadores como ente colectivo(45). Debe tenerse en cuenta que lo que se estaría violando, es el derecho de los

(42) Restricciones que se fueron eliminando paulatinamente a raíz de la intervención de la OIT y los numerosos pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en la Aplicación de los Convenios y Recomendaciones de la OIT, lo cual ha llevado a la consolidación del TUO de la LRCT al cual aludimos anteriormente. Al respecto ver: PUNTRIANO ROSAS, César y TSUBOYAMA SHIOHAMA, Liliana. "Derechos fundamentales en el Trabajo y el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos". En: *Desafíos y perspectivas del Derecho del Trabajo y de los Regímenes de Pensiones en el Perú*. Primer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2004, p. 299.

(43) Cuando se alude a una organización sindical la comisión de prácticas antisindicales, se entiende que se trata de conductas realizadas a través de sus órganos o a través de los mandatarios. Al respecto, ver SANGUINETI, Wilfredo. *Lesión de la Libertad Sindical y comportamientos antisindicales. Estudio de la estructura y el contenido del juicio de antisindicalidad*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de España, Madrid, 1993, p. 183.

(44) Ver: ERMIDA, Oscar. *Sindicatos en libertad sindical*. 2ª ed., Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 1988, p. 34.

(45) Otra práctica que es calificada de antisindical por parte del CLS es la utilización del cargo de un dirigente sindical para ejercer presión sobre los demás empleados. Así, en un caso examinado, el referido Comité

trabajadores afiliados, el cual se vería afectado por decisiones de algunos miembros del sindicato, actuando a nombre de la organización en su conjunto sin contar con la legitimidad para ello.

Un escenario interesante adicional de prácticas desleales (siguiendo la acepción estadounidense de *unfair labor practices*), se genera ante las conductas cometidas por las organizaciones de trabajadores en agravio del empleador, utilizando la violencia, la represión o la negativa a negociar dentro de los parámetros de la buena fe.

2. Proscripción de las prácticas antisindicales en algunas legislaciones americanas

En distintos países de América Latina, el fenómeno objeto de estudio está regulado de manera unánime, si bien de diversa manera y con intensidad propia en cada caso, atendiendo a las diversas alternativas legislativas de los gobiernos. Dentro de estas se encuentran algunas legislaciones sumamente específicas, que describen en detalle cuáles son las prácticas antisindicales, mientras que en otras, para su aplicación, únicamente se podría recurrir al Convenio OIT Nº 98 en tanto Estado ratificante(46).

Respecto del primer grupo, se encuentra la regulación de Costa Rica, con un tratamiento amplio(47), y las legislaciones de Argentina, Colombia, Panamá

---

respaldó el fallo de un tribunal nacional, el cual concluyó que "una de las razones del despido de un dirigente sindical fue la de que ejercía actividades sindicales (…) ocupando el personal de empleador para fines sindicales y utilizando su protección en la empresa para ejercer presiones indebidas sobre otro empleado. (…) El Comité opinó que cuando las actividades sindicales se cumplen de esa forma, la persona no puede invocar la protección del Convenio núm. 98 o, en caso de despido, alegar que se han violado legítimos derechos sindicales".

(46) Tal y como sucede en el caso de Ecuador. En dicho país la regulación es sumamente escueta en cuanto a las prácticas antisindicales, en la medida en que ni siquiera están definidas en la legislación vigente. Así, si bien es un país que ha ratificado el Convenio Nº 98, sus alcances no están expresamente incorporados en la legislación interna, la cual se reduce a lo dispuesto en el artículo 326.7 de la Constitución ("Artículo 326.7. Se garantizará el derecho y la libertad de organización de las personas trabajadoras, sin autorización previa. Este derecho comprende el de formar sindicatos, gremios, asociaciones y otras formas de organización, afiliarse a las de su elección y desafiliarse libremente. De igual forma, se garantizará la organización de los empleadores") y a los artículos 440 y 441 del Código de Trabajo (norma que tampoco desarrolla la materia bajo estudio) lo cual llevaría a pensar que en caso se configuren supuestos de antisindicalidad, correspondería aplicar directamente el Convenio como fuente internacional de Derecho.

(47) El Código de Trabajo de Costa Rica, señala lo siguiente: "Artículo 363.- Prohíbanse las acciones u omisiones que tiendan a evitar, limitar, constreñir o impedir el libre ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores, sus sindicatos o las coaliciones de trabajadores.

Cualquier acto que de ellas se origine es absolutamente nulo e ineficaz y se sancionará, en la forma y en las condiciones señaladas en el Código de Trabajo, sus leyes supletorias o conexas para la infracción de disposiciones prohibitivas". Cabe puntualizar que esta redacción, al igual que lo que anotara Sanguineti respecto del Wagner Act, parte de la premisa que cualquier conducta debe ser considerada como antisindical, lo cual dentro de la técnica jurídica referida previamente, no es necesariamente cierto.

y Chile[48], las cuales contienen también protección extendida que engloba a la negociación colectiva y otras actividades propias de la vida sindical. En una posición intermedia, el Perú recoge la proscripción desarrollada en el Convenio OIT Nº 98 con un nivel de desarrollo menor al de los Estados reproducidos anteriormente[49].

Pese a que en términos formales sí existe en mayor o menor medida regulación sobre la materia, es de particular interés el hecho que la mayor parte de denuncias planteadas ante el Comité de Libertad Sindical y de observaciones de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT provenga de América Latina, lo cual puede ser enfocado desde dos perspectivas: la primera, desde un plano negativo, que evidenciaría una violación sistemática de esta clase de derechos, superior a la que se podría producir en otras partes del mundo y; desde otra perspectiva, más alentadora, podría suponer que en efecto hay una mayor conciencia de la libertad sindical como un derecho fundamental, lo cual determina una mayor cantidad de cuestionamientos ante los incumplimientos producidos por empleadores o por los propios gobiernos.

Esta segunda posición es suscrita por María Luz Vega, quien señala lo que a la letra dice:

> "En efecto, quizás sea ese mencionado aumento del número de denuncias nacionales e internacionales sobre los incumplimientos en esta materia, tanto por parte de organizaciones de trabajadores, como de empleadores, un elemento revelador de la relevancia social y política del tema. Que las Américas representen el mayor número (regional) de quejas en materia de libertad sindical, no prueba a la existencia de mayores vulneraciones o incumplimientos en el mundo, sino quizás un mayor conocimiento de la importancia a todos los niveles del derecho, de su valor y sus garantías, tanto en el ámbito nacional como internacional"[50].

---

(48) Argentina, por ejemplo, contempla en su norma laboral trece supuestos de prácticas contrarias a la libertad sindical. Por su parte, Panamá recoge el concepto de listas negras, como una práctica prohibida, mientras que Colombia habla de "actos atentatorios contra en derecho de asociación sindical".

(49) En el Perú, el artículo 4 del TUO de la LRCT dispone que: "El Estado, los empleadores y los representantes de uno y otros, deberán abstenerse de toda clase de actos que tiendan a coactar, restringir o menoscabar, en cualquier forma, el derecho de sindicalización de los trabajadores, o de intervenir en modo alguno en la creación, administración o sostenimiento de las organizaciones sindicales que estos constituyan".

(50) VEGA RUIZ, María Luz. *Libertad de asociación, libertad sindical y el reconocimiento efectivo de negociación colectiva en América Latina*. WP 28, 2004, p. 8.

En este mismo sentido, Levaggi reconoce que "América Latina tiene más de la mitad de las quejas presentadas a la OIT a nivel mundial y una de las tasas más altas de sindicalistas asesinados o despedidos arbitrariamente, si bien esta proporción puede ser evidencia de que en América Latina se conocen mejor los órganos de control de la OIT, recurriendo a ellos con mayor frecuencia"(51).

Cabe anotar dentro de esta tesis más esperanzadora, a manera de paréntesis, que recientes experiencias han demostrado la mayor capacidad que han desarrollado las organizaciones de trabajadores latinoamericanos para conducir sus reclamos a nivel de otras instancias relacionadas con el mercado y comercio internacional (tales como el recurso a organizaciones profesionales de los países con los cuales los Estados tienen abiertas relaciones comerciales a fin de generar mecanismos de presión ante escenarios antisindicales). Ello ha generado una nueva puerta para la protección de los derechos colectivos, a través de herramientas creativas y efectivas(52).

3. Pluriofensividad de las prácticas antisindicales

La especial naturaleza del derecho a la libertad sindical, determina que los actos o prácticas antisindicales trasunten una especial potencialidad lesiva, que vulnera derechos, tanto de carácter individual como colectivo, afectando a la organización sindical en su conjunto y a los individuos que la conforman. Es entonces correcto sostener que las conductas antisindicales tienen inherente un potencial pluriofensivo, entendiéndose por este, al efecto lesivo que un acto contrario a la libertad sindical produce tanto respecto del titular individual de dicho derecho (el

(51) LEVAGGI, Virgilio. Ob. cit., pp. 136-137.

(52) Un ejemplo ilustrativo de lo señalado anteriormente es el emblemático caso de la empresa exportadora textil peruana Topy Top. Este caso tuvo lugar desde fines de 2006 hasta mediados de 2007. Los trabajadores de dicha empresa textil intentaron organizarse colectivamente a través de la constitución de un sindicato, a efectos de mejorar las condiciones laborales bajo las cuales se venían prestando los servicios. Ante este intento de organización sindical, la Empresa, en un claro atentado contra la libertad sindical, procedió a despedir de manera sistemática a los dirigentes de las tres directivas y afiliados que intentaron organizarse sucesivamente en la empresa (primero fue el despido de una veintena de trabajadores, luego fue la renuncia incentivada de cuarenta y cinco trabajadores, y luego, en el caso de la tercera dirigencia y afiliados - que sumaban aproximadamente ochenta personas, nuevamente el despido por supuesto vencimiento de contrato). Ante esta situación, si bien los trabajadores acudieron al MTPE y al Poder Judicial, no obtuvieron tutela célere pese a la flagrancia de los despidos antisindicales. Frente a esta situación, los trabajadores despedidos de la empresa en mención, pusieron en conocimiento lo sucedido, a través de una organización de trabajadores de tercer grado peruana (la Confederación General de Trabajadores del Perú - CGTP), a la Federación Sindical de Comisiones Obreras, quien a su vez informó a la Federación Internacional de Trabajadores del Textil, Vestuario y Cuero, ambas internacionales. Estas dos federaciones contactaron con dos de los principales compradores de Topy Top en el extranjero (Inditex y Gap). Estas empresas, a través de sus representantes, viajaron a Perú, y tras algunos días de negociaciones a través de las cuales exigieron el respeto de la libertad sindical, supeditaron la continuidad de sus relaciones comerciales al cumplimiento de los referidos estándares. Así pues, lograron que la empresa peruana repusiera a los trabajadores sindicalizados, reconociendo además la existencia del sindicato como tal.

trabajador), como respecto de la organización colectiva (el sindicato). Así, "este carácter multiforme" de las conductas antisindicales, "por la multitud de comportamientos y diversidad de sujetos que pueden lesionar la libertad sindical, también se debe a la multitud de contenidos y aspectos de la libertad sindical que pueden ser susceptibles de ser lesionados antisindicalmente"(53). Así, un mismo acto suele conllevar consecuencias dañosas para trabajador y sindicato, daños que ciertamente pueden tener distinta naturaleza y dimensiones.

Como primer y más evidente acercamiento al tema, se tiene que cualquier práctica antisindical supone una lesión al derecho fundamental a la libertad de acción u organización del ente colectivo. Dicho de otro modo, "toda conducta antisindical produce siempre un daño moral al titular del derecho lesionado, que ha visto cómo la actuación antisindical impide el ejercicio de sus derechos fundamentales a la libertad de acción u organización"(54). Asimismo, cuando a través de la aplicación de prácticas antisindicales dirigidas contra un dirigente sindical en ejercicio de sus funciones (trasladándolo inmotivadamente, reduciendo sus remuneraciones, rebajándolo de categoría o despidiéndolo), se está afectando además "una serie de derechos y libertades, como el derecho de reunión sindical, el derecho a la protección de los representantes sindicales para su actuación sindical, la defensa de los intereses de los trabajadores sindicalizados y la representación de sus afiliados en procedimientos administrativos y judiciales"(55).

El daño referido previamente es esencialmente extrapatrimonial, porque "de esta misma naturaleza es el derecho lesionado (porque es un derecho que no otorga a sus titulares un beneficio de contenido patrimonial)"(56). Sin embargo, resulta interesante tomar en consideración que las prácticas antisindicales también generan un importante daño patrimonial a la organización sindical que habitualmente es ignorado. En este contexto, este tipo de conductas puede suponer un daño económico a la organización sindical siendo ejemplos de ello, entre otros, los siguientes: los gastos ocasionados con motivo de una asamblea que no se pudo realizar a raíz de injerencia patronal; los gastos en que incurre un sindicato para preparar y llevar adelante una negociación que no llega a término ante la comisión, por parte del empleador, de conductas de mala fe orientadas a evitar, impedir, dilatar

(53) SEPÚLVEDA GÓMEZ, María. *Los medios de protección de la libertad sindical*. 1ª ed., Editorial Bomarzo, Albacete, 2006, p. 12.

(54) Ídem.

(55) Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 28 de noviembre de 2005 recaída en el Exp. Nº 0206-2005-PA/TC en los seguidos por César Antonio Baylón Flores en la demanda de amparo seguida contra la E.P.S. EMAPA Huacho S.A.

(56) SEPÚLVEDA GÓMEZ, María. Loc. cit.

o entorpecer la negociación colectiva, el no pago de las horas de licencia sindical; los gastos de las acciones judiciales que deba iniciar la organización sindical para obtener tutela jurisdiccional; los gastos de traslado, alojamiento y alimentación a lugares distintos de la residencia habitual para negociar, cuando el empleador niega el reembolso.

Por otro lado, y de manera especialmente relevante, los actos antisindicales suponen una violación a la generalidad de los trabajadores, al perder la oportunidad de obtener mejoras económicas o de condiciones de trabajo derivadas de la acción colectiva de la organización sindical. Así, "cuando existe una violación a la libertad sindical, sea la víctima el sindicato o lo sean los agentes sindicales, se está causando daño no solo a los sujetos sindicales –que se ven impedidos de ejercer derechos fundamentales–, sino también y especialmente, a la generalidad de trabajadores que no podrán obtener los beneficios que hubieran obtenido de la acción sindical en caso de que no hubiese sido vulnerada"(57).

Sin embargo, la pluriofensividad no se agota solamente en el derecho objeto de análisis. Por ser el derecho a la libertad sindical, un derecho complejo, individual, colectivo, de organización y de actividad, creador de derechos y un instrumento que permite garantizar la defensa de los intereses económicos y sociales de sus miembros, la afectación de tales derechos a través de las prácticas antisindicales tiene un efecto mayor y más grave que no debe soslayarse.

En tal virtud, cuando se producen este tipo de conductas, se afecta una pléyade de derechos, tales como el derecho al trabajo, el derecho a la dignidad(58), el derecho a la igualdad y no discriminación, el derecho al debido proceso, entre otros. Así, cuando durante el proceso de selección de personal, a un trabajador se le impide el acceso a un puesto de trabajo por aplicación de las llamadas listas negras (a las cuales se volverá más adelante) y los contratos con cláusula antisindical o "*yellowdog contracts*"(59), no solamente se está vulnerando el derecho sindical individual positivo del postulante, sino que además se está afectando el

(57) SEPÚLVEDA GÓMEZ, María. Albacete, Ob. cit., p. 12.

(58) "Las atribuciones o facultades que la ley reconoce al empleador no pueden vaciar de contenido los derechos del trabajador; dicho de otro modo, no pueden devenir en una forma de ejercicio irrazonable. Es por esto que la Constitución precisa que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o disminuir la dignidad del trabajador. Es a partir de esta premisa impuesta por la Constitución que debe abordarse toda controversia surgida en las relaciones jurídicas entre empleador y trabajador, en todo momento: al inicio, durante y al concluir el vínculo laboral". (Sentencia recaída en la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de julio de 2002 en el Exp. Nº 1124-2001-AA/TC, f. j. 7).

(59) Contratos de trabajo a través de los cuales se sujeta el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de serlo.

derecho constitucional al trabajo, recogido en el ordenamiento peruano, en el artículo 23 de la Constitución Política de 1993[60].

En el mismo sentido, cuando se despide a un trabajador con ocasión de su situación de trabajador afiliado, representante de los trabajadores o dirigente sindical, no solamente se está afectando la libertad sindical tanto del trabajador[61] como de la organización sindical en su conjunto[62], sino que se están vulnerando los derechos constitucionales al trabajo, a la estabilidad en el empleo y la adecuada protección contra el despido arbitrario, recogida en el artículo 27 de la Constitución.

Por su parte, cuando durante la relación de trabajo se discrimina a un trabajador por su condición de afiliado o dirigente, asignándole retribución, condiciones de trabajo o beneficios salariales inferiores que aquéllos percibidos por los trabajadores no sindicalizados o negándoles acceso a la capacitación o formación, se está vulnerando manifiestamente el principio de igualdad y no discriminación recogido en el artículo 2.2 de la Constitución, el cual señala que "toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole". Con mayor claridad se pronuncia el Reglamento de la Ley General de Inspección, aprobado por Decreto Supremo Nº 019-2006-TR (publicado con fecha 29 de octubre de 2006), cuando en el elenco de motivos de discriminación sancionables, reconoce como infracción muy grave, la discriminación derivada del ejercicio de la libertad sindical[63].

---

(60) "Artículo 23.-El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado (…). Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador".

(61) "Como se aprecia, es el criterio de afiliación sindical el que ha determinado la aplicación de la medida de despido. Por esta razón, el acto cuestionado lesiona el citado derecho constitucional en la medida que significa atribuir consecuencias perjudiciales en los derechos de los trabajadores por su sola condición de afiliado (…). Más concretamente, en este caso, se trató de la lesión de la libertad de sindicación, al haberse despedido a personas que tienen la condición de afiliados (…), circunstancia que implica la vulneración al citado derecho constitucional". Sentencia recaída en la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de julio de 2002 en el Exp. Nº 1124-2001-AA/TC, f. j. 11).

(62) Lo indicado ha sido adecuadamente recogido por el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia de fecha 5 de enero de 2006 recaída en el Exp. Nº 3311-2005-PA/TC seguido por el Sindicato de Trabajadores Mineros de Atacocha, en la cual, frente a un despido masivo de dirigentes sindicales y algunos afiliados, sostiene que dicho acto "vulnera el derecho de sindicación y de libertad sindical en su dimensión plural, que protege al sindicato, a sus dirigentes y a sus afiliados cuando colectivamente ejercen el mencionado derecho", precisando que si bien los efectos del despido repercuten en la esfera individual de cada uno de los trabajadores afectados, también lo hacen en la propia organización sindical, puesto que es evidente que el despido de todos los miembros de la Junta Directiva del Sindicato también se presenta, ab initio, como una lesión a la propia institución sindical".

(63) Así, el artículo 25.17 del aludido Reglamento recoge como infracción muy grave, la discriminación, directa e indirecta, en materia de empleo u ocupación, contratación, retribución, jornada, formación, promoción y demás condiciones, por motivo –entre otros– del ejercicio de la libertad sindical.

Consecuentemente, es incontrastable que la comisión de las conductas antisindicales, entraña una afectación de derechos en distintos niveles, afectando la libertad sindical individual y colectiva, los derechos fundamentales de los trabajadores considerados como individuos y, generando daños no solamente extrapatrimoniales, sino inclusive con efecto cuantificable en términos pecuniarios, conforme a lo desarrollado en el presente Acápite.

Las conductas referidas anteriormente, ya sea que sean implementadas por el empleador o por el Estado, determinan una afectación a la libertad sindical vulnerando claramente las posibilidades de actuación de la organización sindical impidiendo, con ello, el desarrollo de sus actividades asociativas. Este tipo de conductas supone, pues, una vulneración al deber general de actuar de buena fe reconocido transversalmente a través de todo el ordenamiento legal, según se desarrolla a continuación.

4. Regulación del deber de negociar de buena fe como un mecanismo de protección contra las prácticas antisindicales

Así, la buena fe "es un principio jurídico fundamental, esto es, algo que debemos admitir como supuesto de todo ordenamiento jurídico. Informa la totalidad de él y aflora de modo expreso en múltiples y diferentes normas"(64). Así, "se le ve ahora como principio general, informante de la totalidad de la regulación con características de postulado moral y jurídico"(65). Bajo esta premisa, las partes de una negociación se encuentran obligadas, en el marco de este deber de lealtad (deber objetivo), a ajustar su conducta a los parámetros de la corrección, en aras de arribar a un acuerdo, absteniéndose de realizar actos que supongan impedir dicho objetivo último, mediante conductas dilatorias o incorrectas(66).

Es importante remarcar que la buena fe es un principio general que informa todo el ordenamiento desde un enfoque positivo; es decir, remite a una conducta general que las partes de la relación jurídica se encuentran obligadas a cumplir

(64) BORGA, Ernesto. *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Tomo II, p. 404. Citado por PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*. De Palma Editores, Buenos Aires, 1978, p. 306.

(65) ALSINA ATIENZA. *Efectos jurídicos de la buena fe*. Buenos Aires, 1935, p. 4. Loc. cit.

(66) El deber de negociar de buena fe se encuentra regulado de manera general en el artículo 1362 del Código Civil, al prescribir lo que a continuación se transcribe: "Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes". Asimismo, este principio esencial de las relaciones laborales ha sido recogido en el artículo 54 del TUO de la LRCT, conforme a lo siguiente: "(…) Las partes están obligadas a negociar de buena fe y a abstenerse de toda acción que pueda resultar lesiva a la contraria, sin menoscabo del derecho de huelga legítimamente ejercitado".

pues "desempeña una función completiva y sirve para integrar las obligaciones de las partes"[67]. Así, permite completar las obligaciones impuestas a cada parte del contrato de trabajo, y a la vez viabiliza su ejecución. Gil y Gil puntualiza lo que a continuación se indica:

> "Resulta pues, más correcto poner de relieve que la buena fe actúa, cada vez con mayor nitidez, como un instrumento de definición del cómo de la obligación y del marco en que la misma se inserta, con indudables consecuencias en la fase de ejecución del contrato. Desde tal punto de vista, la buena fe puede actuar como un criterio para conseguir la plena conexión de la regulación contractual, en su efectividad, a la operación definida por las partes, y como un criterio que garantiza la coherencia entre la operación privada y las finalidades generales que persigue el ordenamiento"[68].

Este reconocimiento del deber de negociar de buena fe ha recibido amplio desarrollo de parte del Comité de Libertad Sindical[69], el cual indica en reiterados pronunciamientos, lo que se indica a continuación:

> "935. Es importante que tanto los empleadores como los sindicatos participen en las negociaciones de buena fe y que hagan todo lo posible por llegar a un acuerdo y la celebración de negociaciones verdaderas y constructivas es necesaria para establecer una relación de confianza entre las partes.
>
> 396. Tanto los empleadores como los sindicatos deben negociar de buena fe, realizando esfuerzos para llegar a un acuerdo, y la existencia de relaciones de trabajo satisfactorias depende primordialmente de la actitud recíproca de su confianza mutua.
>
> 397. El principio de que tanto los empleadores como los sindicatos, deben negociar de buena fe, realizando esfuerzos para llegar a un

(67) GIL y GIL, José Luis. Ob. cit., 202.

(68) Ibídem, p. 203.

(69) Debe anotarse que la Décima Disposición Complementaria de la Nueva Ley Procesal de Trabajo - Ley Nº 29497 publicada con fecha 15 de enero de 2010, señala que "(…) los derechos laborales, individuales o colectivos se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados internacionales sobre la materia ratificados por el Perú, sin perjuicio de consultar los pronunciamientos de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y los criterios o decisiones adoptados por los tribunales internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte".

> acuerdo, supone evitar todo retraso injustificado en el desarrollo de las negociaciones"[70].

Por su parte, este deber ha sido analizado por parte del TC en el fundamento 16 de la sentencia recaída en el Exp. Nº 03561-2009-PA-TC[71], el cual refiere lo siguiente:

> "16. Para que la negociación colectiva funcione eficazmente, las dos partes deben actuar con buena fe y lealtad para el mantenimiento de un desarrollo armonioso del proceso de negociación colectiva, es decir, deben realizar un esfuerzo sincero de aproximación mutua para obtener un convenio. Sin embargo, como la buena fe no se impone por ley, únicamente puede obtenerse de los esfuerzos voluntarios, recíprocos, serios y continuos de los empleadores y trabajadores".

Por ello, es importante que tanto los empleadores como los sindicatos participen en las negociaciones de buena fe y hagan todo lo posible y necesario para llegar a un acuerdo razonable y coherente, es decir, que debe buscarse la celebración de negociaciones verdaderas, eficientes, eficaces y constructivas.

De este modo, este Tribunal considera, a modo de ejemplo, que negarse a suministrar la información necesaria, a formular contrapropuestas, a fijar una fecha de reunión o a acordar mecanismos procedimentales, son comportamientos que muestran la ausencia de buena fe en la negociación".

En este contexto, para sancionar el incumplimiento del deber de actuar de buena fe, que evidentemente podría redundar en la configuración de conductas antisindicales, resulta de suma utilidad contar con algunas reglas objetivas o herramientas de orientación para los operadores del Derecho.

Es en atención a ello que resulta de particular relevancia el marco normativo introducido mediante la publicación en setiembre de 2011, del Decreto Supremo Nº 014-2011-TR, respecto de la mala fe negocial de una de las partes como un mecanismo habilitador del arbitraje potestativo (aquel que, solicitado por una

(70) OIT. *La libertad sindical*. 5ª ed. rev., Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Ginebra, 2006, p. 200.

(71) STC de fecha 17 de agosto de 2009 en proceso de amparo seguido entre el Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao y la Asociación Peruana de Operadores Portuarios, Asociación Peruana de Agentes Marítimos y Asociación Marítima del Perú.

de las partes, obliga a la otra a acudir a él)[72]. Adicionalmente, como una forma de precisar aún más esta materia, también en setiembre de 2011, se expidió la Resolución Ministerial Nº 284-2011-TR, la cual contiene un listado enunciativo de conductas que constituyen mala fe y que habilitan a la parte afectada a solicitar el arbitraje potestativo. Ambas normas constituyen una herramienta valiosa que fomenta el ejercicio del derecho a la negociación colectiva y a la promoción de formas pacíficas de solución de los conflictos laborales ante actos de obstrucción de alguna de las partes[73].

Cabe puntualizar que el objetivo de ambas normas ha sido precisar, en atención de las normas laborales y procesales constitucionales, lo resuelto por el Tribunal Constitucional respecto del arbitraje potestativo para una de las partes ante supuestos de manifiesta mala fe en la negociación colectiva en el Exp. Nº 03561-2009-PA-TC.

Sin duda, la incorporación normativa de un marco que precise qué conductas son consideradas actos de mala fe, constituye una herramienta que debe dotar al sistema en su conjunto de mecanismos eficientes para identificar y sancionar actos contrarios al deber de actuar de buena fe. Si bien tal listado está relacionado a la habilitación del recurso a arbitraje potestativo, sus alcances ciertamente resultan ilustrativos y podrán servir de marco referencial ante conductas patronales orientadas a dilatar o entorpecer la actividad de las organizaciones sindicales en su conjunto y de manera general.

V. REFLEXIONES FINALES

Es incuestionable que la libertad sindical como objeto de estudio, reviste una particular naturaleza compleja. Esta complejidad se ve reflejada no solo en la dificultad de establecer una única definición doctrinaria o jurisprudencial, sino también mediante la constatación de las distintas formas a través de las cuales pueden materializarse las conductas lesivas (prácticas antisindicales): desarrolladas por los propios sindicatos, por los empleadores o por la Administración Pública.

(72) "Artículo 61.- Si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación, de haberla solicitado los trabajadores, podrán las partes someter el diferendo a arbitraje.

61-A.- Las Partes tienen la facultad de interponer el arbitraje potestativo en los siguientes supuestos:

a) Las partes no se ponen de acuerdo en la primera negociación, en el nivel o su contenido; y,

b) Cuando durante la negociación del pliego se adviertan actos de mala fe que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo. (…)".

(73) A este respecto, ver BLANCAS BUSTAMENTE, Carlos. "La naturaleza del arbitraje en la negociación colectiva". En: *Soluciones Laborales*. Nº 46, octubre de 2011.

Si bien durante muchos años, el marco normativo se mantuvo estático respecto de las conductas antisindicales, es alentador verificar cómo dicho marco se ha visto refrescado en el año 2011, con la publicación de normas de fomento directo, orientadas a dotar a los trabajadores de mejores definiciones y mecanismos, como el desarrollado enunciativamente respecto de las conductas que constituyen mala fe en la negociación colectiva. Si bien estas definiciones se refieren puntualmente a la negociación colectiva, es innegable que sus alcances irradian al ordenamiento jurídico en su conjunto.

Gracias a aquellas, las conductas lesivas del derecho a la libertad sindical, son ahora fácilmente identificables y, por lo tanto, sancionables por la jurisdicción laboral y por la autoridad inspectiva de trabajo. Consecuentemente, se viene reduciendo la vasta zona gris existente entre el derecho a la libertad sindical de los trabajadores y el derecho de organización del empleador, zona gris dentro de la cual se cometen innumerables lesiones, precisamente a causa de un marco normativo que, si bien se ha fortalecido, aun tiene mucho camino por andar.

INAPLICABILIDAD DE LA INVALIDEZ ABSOLUTA PERMANENTE COMO CAUSAL DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Anna Vilela Espinosa[1]

I. INTRODUCCIÓN

La relación laboral derivada de un contrato de trabajo tiene tres etapas bien definidas: La de su inicio, desarrollo o ejercicio y, finalmente, la de su extinción. Es justamente esta última etapa la que va a ser objeto de estudio del presente trabajo, específicamente lo relacionado con una de sus causales*, la invalidez absoluta del trabajador.*

Lamentablemente los alcances de esta figura que se encuentra regulada en nuestra legislación en el TUO del Dec. Leg. Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), aprobado por D.S. Nº 003-97-TR, no han sido bien definidos, existiendo adicionalmente una imposibilidad práctica en su declaración que conlleva a que actualmente no pueda ser utilizada como causal de terminación de un contrato de trabajo.

Si bien es cierto el tema de la invalidez se encuentra también regulado en normas de seguridad social, sus alcances están relacionados con el otorgamiento de una pensión al trabajador por lo que no se condicen con el tratamiento laboral de esta figura.

Por otro lado, diversas instituciones tales como el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, el Tribunal Constitucional y Servir se han pronunciado

(1) Abogada laboralista. Subdirectora de la Revista *Análisis Laboral.*

también al respecto pero con posiciones particulares y a veces contradictorias tal como se aprecia en la parte pertinente de este trabajo.

II. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Los contratos, al ser fuentes de derechos y obligaciones de carácter personal, normalmente se extinguen por cumplimiento o por cualesquiera otra de las causales establecidas por ley. Esto, que normalmente aplica en el derecho común, también tiene su aplicación en el Derecho Laboral con ciertas atemperaciones en salvaguarda del principio de continuidad, "que considera al contrato de trabajo como uno de duración indefinida, haciéndolo resistente a las circunstancias que en ese proceso pueden alterar este carácter, de tal manera que el trabajador pueda seguir prestando sus servicios si es esa su voluntad, y mientras exista la fuente de trabajo"(2).

Pero, como bien apunta Vázquez Vialard, "Aún los contratos llamados de 'tracto sucesivo' o de 'plazo indeterminado' están destinados a agotarse, recorriendo el ciclo vital antes señalado, que termina en algún momento con su extinción al producirse 'algún hecho jurídico' al que la ley le asigna este efecto"(3).

Estas causas de extinción del contrato de trabajo son diversas y en doctrina las encontramos, agrupadas en función de determinados criterios. Así, por ejemplo, Vázquez Vialard considera una clasificación que toma en consideración su naturaleza. Él distingue tres modos: 1) extinción por voluntad de ambas partes; 2) extinción por voluntad de una de las partes; 3) extinción determinada por un hecho ajeno a la voluntad de las partes(4).

Por su parte, el tratadista español Manuel Alonso Olea clasifica las causales de extinción teniendo en consideración la naturaleza de la causa y la parte que toma la iniciativa de la extinción, distinguiendo cuatro grupos: 1) extinción por voluntad unilateral del empresario; 2) extinción por voluntad unilateral del trabajador; 3) extinción por voluntad concurrente de las partes; y, 4) extinción por desaparición o incapacidad de las partes(5).

---

(2) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*. Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1978, pp. 150-240.

(3) VÁZQUEZ VIALARD, Antonio. *Tratado de Derecho del Trabajo*. Tomo 5, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 88.

(4) HERRERA, Enrique. *Tratado de Derecho del Trabajo*. Vázquez Vialard (director), Tomo 5, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 149.

(5) OLEA, Alonso. *Derecho del Trabajo*. Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1980, p. 281 y ss.

En términos generales, y como puede apreciarse, el agrupamiento de las diversas causas se efectúa de manera muy similar, encontrándose la invalidez absoluta permanente del trabajador enmarcada dentro de las causales de extinción por causas ajenas a la voluntad de las partes o, desde otro punto de vista, por incapacidad de las partes.

III. LA INVALIDEZ COMO CAUSAL DE SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

La LPCL regula el tema de la invalidez efectuando una distinción entre los alcances de la invalidez temporal, que solo suspende la relación laboral y de la invalidez permanente, que la extingue. Dado que para efectos del presente trabajo se hace necesario delimitar los alcances de ambas figuras efectuaremos a continuación el análisis correspondiente.

1. La invalidez temporal como causal de suspensión del contrato de trabajo

El contrato de trabajo se suspende, de acuerdo a lo establecido en el artículo 11 de la LPCL cuando cesa temporalmente la obligación del trabajador de prestar el servicio y la del empleador de pagar la remuneración respectiva, sin que desaparezca el vínculo laboral, configurándose así una suspensión perfecta del contrato de trabajo. Se suspende también, de modo imperfecto, cuando el empleador debe abonar remuneración sin contraprestación efectiva de labores.

Estas causas de suspensión del contrato de trabajo, que pueden tener su origen en un mandato legal, convenio colectivo, acuerdo individual o decisión unilateral del empleador, se encuentran taxativamente establecidas en el artículo 12 del texto legal reseñado, figurando en su inciso a) la relacionada con la invalidez temporal del trabajador, que dentro de las precisiones antes efectuadas se enmarcaría como una causal de suspensión perfecta del contrato de trabajo.

Sin embargo, ni la LPCL ni el Reglamento del TUO de la Ley de Fomento del Empleo, aprobado por D.S. Nº 001-96-TR (Reglamento TUO LFE), definen esta figura, lo que sí determinan son sus efectos, dependiendo de si nos encontramos frente a una invalidez temporal absoluta o parcial. Así, en el artículo 13 de la LPCL se señala que la invalidez temporal absoluta suspende el contrato por el tiempo de su duración, mientras que la invalidez parcial temporal solo lo suspende si impide el desempeño normal de labores, agregándose que deben ser declaradas por el Instituto Peruano de Seguridad Social (actualmente Seguro Social de

Salud - EsSalud) o el Ministerio de Salud o la Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú, a solicitud del empleador.

En este contexto, ¿cuándo podríamos afirmar que nos encontramos frente a una invalidez temporal si existe una ausencia de definición de sus alcances? Una revisión del artículo 12, de la LPCL podría darnos una primera idea de la concepción que ha tenido el legislador respecto a este tema ya que ahí se encuentran establecidas como causales bien diferenciadas de suspensión del contrato de trabajo, por un lado, la enfermedad y el accidente comprobados que están regulados en su inciso b) y, por otro, la invalidez temporal [que está regulada en su inciso a)].

Así, una primera conclusión a la que podríamos arribar sería que en una interpretación estrictamente legal, los alcances de estas figuras en nuestra legislación laboral son distintos. El problema reside en que si tenemos en cuenta el origen de una invalidez esta puede ser motivada por una enfermedad o un accidente, y, por lo tanto, ahí no se podría efectuar la distinción antes reseñada porque ambos conceptos se encuentran vinculados. Al parecer nuestro legislador cuando hace referencia a la invalidez temporal en realidad está considerando dicha invalidez en el entendido de su calificación para tener derecho o no a una pensión, pues ahí sí se produce una distinción entre los términos mencionados.

Lo que queda claro en todo caso es que existe una diferenciación entre las causas que dan origen a la invalidez y, de otro lado, la calificación de la misma a efectos de lograr el otorgamiento de una pensión de invalidez, postura esta última que parecería estar recogiendo la LPCL, pese a que menciona que tal acto debe ser efectuado por EsSalud, el Ministerio de Salud o la Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú, instituciones que en la práctica no tienen establecido un procedimiento para tales efectos.

Dentro de estos alcances para nuestro legislador el tema de la enfermedad y el accidente comprobados del trabajador como causal de suspensión de la relación laboral guarda vinculación directa con el tratamiento establecido por las normas de seguridad social y que dan lugar a las prestaciones de salud y económicas por parte de EsSalud.

Así, la Ley Nº 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud (LMSSS), establece que si un trabajador afiliado regular de la seguridad social en Salud se encuentra incapacitado para trabajar ya sea por enfermedad o accidente, su empleador asumirá el pago de la remuneración por los 20 primeros días de incapacidad en el año calendario; a partir del vigésimo primer día será subsidiado

por EsSalud, entidad que en principio asumirá el pago del subsidio[6] por un máximo de 11 meses y 10 días consecutivos, aunque en realidad es el empleador quien efectúa el pago al trabajador por esos días y luego solicitará su reembolso a EsSalud[7]. Durante todo ese tiempo el vínculo laboral se encontrará suspendido sobre la base de lo establecido en el artículo 12 inciso b) de la LPCL.

Si el trabajador llegara al límite máximo antes mencionado o de ser el caso antes –si se le sometiera a la evaluación que es desarrollada en el numeral siguiente– y se determinara que su incapacidad va a continuar por un tiempo adicional, pero que no es de naturaleza permanente, entonces la causal que sustentaría la suspensión ya no sería la establecida en el citado artículo 12, inciso b) sino que migraría al supuesto establecido en el inciso a) del mismo artículo en la medida que EsSalud, el Ministerio de Salud o la Junta de Médicos del Colegio Médico del Perú declaren la invalidez temporal, lo que en la práctica no se puede dar por cuanto estas entidades no efectúan tal declaración sino la de incapacidad.

Cabe precisar que el artículo 19 del Reglamento TUO LFE establece que "en los casos contemplados en los incisos a) y b) del artículo 45 de la Ley[8], cesará el derecho de reserva si el trabajador es declarado en estado de invalidez absoluta permanente, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 46 de la Ley". Esto guarda relación con la consideración de que este último estado es considerado una causal de extinción y no de suspensión de la relación laboral.

2. La invalidez absoluta permanente como causal de extinción del contrato de trabajo

En nuestro país las causales de extinción del contrato de trabajo se encuentran establecidas en el artículo16 de la LPCL y, específicamente, la invalidez absoluta permanente en su inciso e). Además, en el artículo 20 de esta norma se señala

(6) Prestación asistencial de carácter económico y de duración determinada, que se otorga ante una situación de incapacidad temporal, maternidad y lactancia en la medida que el trabajador tenga la calidad de afiliado regular en actividad y cumpla con los requisitos establecidos en el primer párrafo del artículo 10 de la LMSSS.

(7) De acuerdo al artículo 23 del D.S. Nº 009-97-SA, el empleador tiene un plazo de seis meses posteriores al cese de la incapacidad para solicitar el reembolso. El procedimiento para el Reembolso se encuentra establecido en el Reglamento de Pago de Prestaciones Económicas (Acuerdo Nº 58-14-ESSALUD-2011). Cabe precisar que en algunos regímenes laborales especiales se contempla el pago directo del subsidio por EsSalud.

(8) La referencia en el Reglamento a artículos de la Ley es al TUO de la Ley de Fomento del Empleo desde que nunca se hizo la adecuación de su texto al TUO del Dec. Leg. Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por D.S. Nº 003-97-TR, por lo tanto en la actualidad debe ser entendida a los artículos 12 incisos a) y b) y 13 de la LPCL, que versan sobre la invalidez temporal y la enfermedad y accidentes comprobados como causales de suspensión del contrato de trabajo.

que: "La invalidez absoluta permanente extingue de pleno derecho y automáticamente la relación laboral desde que es declarada conforme al artículo 13", es decir, por EsSalud, el Ministerio de Salud o la Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú, a solicitud del empleador.

Como hemos analizado en el numeral anterior, tal declaración, en principio debería entenderse que se efectuará vencido el plazo máximo para el otorgamiento del subsidio correspondiente por parte de EsSalud. Sin embargo, ello no siempre es así. En el artículo 8.1.3 de la Directiva Nº 08-GG-ESSALUD-2012, Normas Complementarias al Reglamento de Pago de Prestaciones Económicas, modificada por la Directiva Nº 015-GG-ESSALUD-2014 cuyos alcances entrarán en vigencia, se señala que EsSalud solo pagará los subsidios que sobrepasen los 150 días con base en el Informe Médico de Calificación de la Incapacidad (Imeci) emitido por la Comisión Médica Calificadora de Incapacidades (Comeci) y hasta el tope máximo de días que le corresponda acorde con el resultado de la incapacidad que haya sido calificada por dicha Comisión.

Por lo tanto, un trabajador que se encuentra incapacitado será sometido a evaluación por la Junta Médica respectiva en el plazo antes señalado a efectos de que se determine si será dado de alta, si su incapacidad seguirá y EsSalud continuará con el pago del subsidio o si por el contrario, esta incapacidad tiene la calidad de permanente. En este último supuesto, o habiendo llegado la incapacidad al límite máximo de subsidio, si bien está claro que ya no procedería más el pago de prestaciones económicas, el problema que se genera en la práctica es determinar en qué momento se producirá la extinción del contrato de trabajo, teniendo en consideración que la LPCL menciona como causal la invalidez absoluta permanente y no la incapacidad permanente para el trabajo.

IV. DELIMITACIÓN DE LOS ALCANCES DE LA INVALIDEZ ABSOLUTA PERMANENTE

Como ya se ha precisado, la LPCL y el Reglamento del TUO LFE no definen los alcances del término invalidez absoluta permanente, por lo que revisaremos el tratamiento doctrinario que se le ha dado al mismo a efectos de poder intentar delimitar sus alcances, y, asimismo, el tratamiento que se le ha dado en otras normas tales como aquellas que regulan el Seguro de Vida Ley, el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo y la pensión de invalidez en el Sistema Privado de Pensiones y en el Sistema Nacional de Pensiones.

1. Tratamiento doctrinario

Guillermo Cabanellas señala que: "Por la invalidez se produce la disminución en el rendimiento del trabajo o cierta ineptitud para el mismo; de manera que, si la incapacidad del trabajador llega a ser permanente, cabe considerar disuelto el contrato ante la imposibilidad del cumplimiento de su objeto"[9].

De Ferrari sigue la misma óptica antes reseñada y precisa que "si el trabajador no puede prestar el servicio por incapacidad física o mental, y si este impedimento resultare prolongado, también debe darse por terminado el contrato en razón de la imposibilidad en que ha caído, en este caso, el trabajador, de cumplir con las obligaciones contraídas"[10].

Con estos alcances podríamos señalar en principio que la invalidez absoluta permanente es aquel supuesto originado por aquella incapacidad del trabajador que le impide de manera absoluta y permanente la continuidad en la prestación de los servicios para los cuales fue contratado. Sin embargo, otros tratadistas van aún más allá y consideran que "la incapacidad absoluta es aquella que imposibilita al trabajador la prestación de tareas en la empresa a la que pertenece, y que, por su importancia, permanencia y gravedad, le impide reinsertarse en el mercado laboral"[11].

En igual sentido se pronuncia Herrera al señalar que "el trabajador se halla afectado por una incapacidad de carácter absoluto (...) cuando en razón de su estado físico o mental, está imposibilitado de manera virtualmente total y permanente para el desempeño de cualquier trabajo adecuado a sus particulares condiciones personales y profesionales (...) no teniendo posibilidades prácticas de mantenerse en el mercado de trabajo"[12].

Como se puede apreciar, a nivel doctrinario la referencia a la invalidez como causal de extinción del contrato de trabajo se relaciona de una u otra forma con la incapacidad del trabajador, ya sea porque se considera que esta puede dar lugar a aquella o porque se superponen sus alcances. Además, por un lado, se considera que la invalidez está basada en el estado físico o mental del trabajador que le impide de forma total y permanente desempeñar el trabajo para el cual

(9) CABANELLAS, Guillermo. *Compendio de Derecho Laboral*. Tomo I, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1968, p. 730.

(10) DE FERRARI, Francisco. *Derecho del Trabajo*. Volumen II, 2ª ed. actualizada, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1969, p. 409.

(11) MORENO, Jorge. *La indemnización por incapacidad absoluta*. LT, XXVIII-1113, citado por Enrique Herrera. Ob. cit., p. 545.

(12) HERRERA, Enrique. Ob. cit., p. 545.

fue contratado y, de otro lado, en aquel estado que le impide al trabajador realizar cualquier tipo de labor remunerada.

2. Tratamiento en el Decreto Legislativo Nº 688, Ley de Consolidación de Beneficios Sociales

El Decreto Legislativo Nº 688 regula, entre otros beneficios, al Seguro de Vida Ley, cuya póliza otorga cobertura en caso de invalidez total y permanente del trabajador ocasionada por accidente. Si bien es cierto la referencia es a ese tipo de invalidez y no a la absoluta permanente, los términos "total" y "absoluta" son sinónimos, por lo que deberían considerarse como tal; no obstante, consideramos importante analizar sus alcances a efectos de determinar si el legislador ha tenido esa misma concepción y, asimismo, para determinar sus alcances.

Según lo establecido en su artículo 4 en caso el trabajador sufra un accidente que le ocasione invalidez total y permanente por accidente, tendrá derecho a cobrar el capital asegurado en sustitución del que hubiera originado su fallecimiento; la certificación de la invalidez será expedida por el Ministerio de Salud o los Servicios de la Seguridad Social. Nótese que aquí se hace referencia a que la declaración de la invalidez, a diferencia de lo que contempla la LPCL, puede ser efectuada por los Servicios de la Seguridad Social, lo que en la práctica sí resulta factible, a diferencia de la declaración por el Ministerio de Salud, institución que como ya mencionamos no contempla dentro de sus procedimientos dicha figura.

Según se precisa en el artículo 5 del texto bajo comentario, "Se considera invalidez total y permanente originada por accidente la alienación mental absoluta e incurable; el descerebramiento que impida efectuar trabajo u ocupación por el resto de la vida, la fractura incurable de la columna vertebral que determine la invalidez total y permanente, la pérdida total de la visión de ambos ojos, o de ambas manos, o de ambos pies, o de una mano y un pie y otros que se puedan establecer por decreto supremo". Si tomamos en consideración los tres primeros supuestos antes reseñados estos se enmarcan dentro de la consideración que por invalidez total y permanente debe entenderse aquello que impide en forma definitiva la realización por parte del trabajador de cualquier tipo de labor; sin embargo, los supuestos consignados a continuación no se condicen con lo antes expresado desde que, por ejemplo, y teniendo en consideración la labor para la cual fue contratado, un trabajador que pierde la visión de ambos ojos no necesariamente se encuentra impedido para trabajar en su mismo centro de trabajo o en cualquier otro, o lo mismo aquel que pierde las manos o una mano y un pie, entre otros.

Por lo tanto, lo establecido en esta norma no nos aclara los alcances del término, pudiendo comprenderse los dos supuestos antes reseñados.

3. Tratamiento en normas de seguridad social relacionadas con el otorgamiento de pensiones

En el Derecho de Seguridad Social se denomina contingencia al acontecimiento (en el caso específico bajo comentario, la incapacidad) que genera un "derecho" y la prestación que se otorga por el mismo es la de "Invalidez" cuya finalidad es cubrir la disminución o pérdida de la capacidad del trabajador para desarrollar sus actividades laborales.

En este sentido, el tratamiento de la invalidez absoluta permanente en las normas que analizaremos a continuación guarda relación con temas de previsión social a efectos del otorgamiento de una pensión de invalidez.

3.1. Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR) aprobadas por D.S. Nº 003-98-SA

En el artículo 18.2.2 de las Normas Técnicas del SCTR se considera que un trabajador tiene Invalidez Total Permanente cuando queda disminuido en su capacidad de trabajo en forma permanente como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional en una proporción igual o superior a los dos tercios, en cuyo caso se le pagará, como mínimo, una pensión vitalicia mensual equivalente al 70 % de su Remuneración Mensual.

Si dicha incapacidad le impidiera definitivamente poder realizar cualquier clase de trabajo remunerado y, además, requiriera indispensablemente del auxilio de otra persona para movilizarse o para realizar las funciones esenciales para la vida se le otorgará una pensión como mínimo del 100 % de la remuneración mensual precisándose que en este caso la pensión resultante no podrá ser inferior a la remuneración mínima legal para los trabajadores en actividad.

Como se puede apreciar, la norma que comentamos enmarca dentro de una sola denominación "invalidez total permanente" los dos supuestos antes reseñados, que dan origen a la declaración de dicho estado y al otorgamiento de una pensión de invalidez, con la salvedad de que sus efectos varían en lo que se refiere al establecimiento del monto de esta última. Estos alcances, trasladados al ámbito laboral, no resultan de mayor utilidad a efectos de determinar en qué momento nos encontramos frente a una invalidez absoluta permanente, salvo que el análisis de los mismos se efectúe considerando en qué caso nos encontramos frente a una situación temporal y en cuál frente a una definitiva, considerando solo este último supuesto como el que daría lugar a una invalidez absoluta permanente.

3.2. Reglamento del TUO de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, aprobado por D.S. Nº 004-98-EF

En el inciso b) del artículo 115 de este Reglamento se señala que para efectos de la pensión de invalidez son aplicables las siguientes condiciones:

> "b) Invalidez Total: El trabajador afiliado que se encuentre en incapacidad física o mental que se presume de naturaleza permanente, de acuerdo a lo que establezca el comité médico competente, por la cual quede impedido para el trabajo cuando menos en dos terceras partes (2/3) de su capacidad de trabajo".

Esta invalidez total puede ser temporal o permanente, contemplándose inclusive en este último caso la posibilidad de que el trabajador afectado pueda en algún momento volver a laborar.

De otro lado, nos encontramos frente a una calificación de Invalidez Total Definitiva cuando la situación de invalidez no es recuperable.

- **Proceso de evaluación y calificación de invalidez en el SPP**

El proceso de evaluación y calificación de invalidez[13] constituye un requisito previo e indispensable para que un trabajador pueda solicitar una pensión de invalidez.

Dicha Evaluación y calificación se ve reflejada en un dictamen emitido por el Comité Médico de las AFP (Comafp)[14] o por el Comité Médico de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones del Perú (Comec)[15], de acuerdo al Manual de Evaluación y Calificación del Grado de Invalidez (Mecgi)[16].

---

(13) La calificación de la condición de invalidez en el SPP se realiza sobre la base de dos criterios, la magnitud del menoscabo y su recuperabilidad.

(14) Organismo autónomo, financiado por las AFP, que tiene por función principal evaluar y calificar, en primera instancia, la invalidez y sus causas, las exclusiones de la cobertura del seguro así como las preexistencias en el SPP, de acuerdo a las normas vigentes. Se encuentra sujeto al control, fiscalización y sanción por parte de la SBS.

(15) Organismo que depende funcionalmente de la SBS y tiene por función principal evaluar y calificar, en segunda y última instancia, la invalidez y sus causas, las exclusiones de la cobertura del seguro así como las preexistencias en el SPP, de acuerdo a las normas vigentes.

(16) El Manual de Evaluación y Calificación del Grado de Invalidez (Mecgi) es un conjunto de normas técnicas de evaluación y calificación del grado de invalidez, donde se establecen criterios y métodos uniformes para la asignación del menoscabo derivado de impedimentos físicos o mentales, al cual se asocian factores complementarios –por edad, grado de instrucción y labor habitual–, permitiendo determinar el grado de la invalidez. Por lo que, cualquier certificado de incapacidad o de discapacidad emitido por una entidad (como el que corresponde al certificado de incapacidad temporal que otorga EsSalud), organismo o institución que no pertenezca al SPP, solo puede ser considerado como un docu-

Tal procedimiento, que se inicia a solicitud del trabajador, se encuentra establecido en el artículo 130 del Reglamento del TUO de la Ley del SPP, que señala:

a) Una vez recibida la solicitud de calificación de invalidez del afiliado, el Comafp debe verificar el cumplimiento de los requisitos y condiciones establecidos en el Reglamento del TUO de la Ley del SPP y en las normas que recomiende la Comisión Técnica Médica (CTM)[17] y apruebe la Superintendencia, emitiendo un primer dictamen médico. Si el dictamen médico refrenda el estado de invalidez del afiliado, este adquiere el derecho a la pensión de invalidez, ya sea total o parcial.

b) En caso que la invalidez sea total o parcial de naturaleza temporal, el Comafp debe emitir un segundo dictamen, una vez vencido el plazo señalado para la extinción de la incapacidad, y previo examen médico.

Si el segundo dictamen establece la condición de invalidez temporal, total o parcial, debe procederse a emitir nuevos dictámenes, hasta que cese la invalidez. c) En caso que la invalidez sea total o parcial de naturaleza permanente, el Comafp debe emitir un segundo dictamen una vez transcurrido el plazo determinado de manera fundamentada por el Comafp en la primera evaluación, el mismo que no podrá exceder de un (1) año contado desde la fecha de realizada aquella.

En caso que el segundo dictamen determine que subsiste la invalidez total o parcial permanente, el Comafp emitirá sucesivos dictámenes bajo condiciones de plazo similares a las señaladas en el párrafo anterior. No obstante, cuando la naturaleza de la invalidez es permanente en tres (3) evaluaciones consecutivas, el Comafp o el Comec, según sea el caso, deben otorgar la calificación de invalidez definitiva. En estos casos, el afiliado puede optar por recibir una pensión definitiva bajo alguno de los productos previsionales que ofrece el SPP.

---

mento referencial dentro del proceso de evaluación y calificación de invalidez, toda vez que el Comafp y Comec, en sus respectivas instancias, son los únicos organismos competentes para calificar la condición de invalidez en el SPP.

Por lo que, cualquier certificado de incapacidad o de discapacidad emitido por una entidad (como el que corresponde al certificado de incapacidad temporal que otorga EsSalud), organismo o institución que no pertenezca al SPP, solo puede ser considerado como un documento referencial dentro del proceso de evaluación y calificación de invalidez, toda vez que el Comafp y Comec, en sus respectivas instancias, son los únicos organismos competentes para calificar la condición de invalidez en el SPP.

(17) Órgano de la SBS que, convocado a solicitud de esta, se encarga principalmente de la revisión de las normas técnicas de evaluación y calificación del grado de invalidez.

3.3. Decreto Ley Nº 19990, Sistema Nacional de Pensiones (SNP)

De acuerdo a lo establecido en el artículo 24 del D.L. Nº 19990 se considera inválido:

- Al asegurado que se encuentra en incapacidad física o mental prolongada o presumida permanente, que le impida ganar más de la tercera parte de la remuneración o ingreso asegurable que percibiría otro trabajador de la misma categoría en un trabajo igual o similar en la misma región;

- Al asegurado que habiendo gozado del periodo máximo de subsidio por enfermedad establecido por ley continúa incapacitado para el trabajo. Se puede gozar de dicho subsidio hasta por 11 meses y 10 días consecutivos o 18 meses no consecutivos en un periodo de 36 meses.

A partir de tal concepción la invalidez de un trabajador afiliado al SNP puede tener naturaleza temporal o permanente. Respecto a los grados, estos pueden ser:

- Parcial: Cuando el menoscabo determinado es entre 1 al 66 %.

- Total: Cuando el menoscabo es mayor de 66 %.

- Gran Incapacidad: Cuando se verifica que existe una Incapacidad total y además necesita de terceras personas para el desarrollo de las actividades primordiales de la vida diaria (art. 43 del D.S. Nº 002-72-TR del 24 de febrero de 1972).

• **Proceso de evaluación y calificación de invalidez en el SNP**

De acuerdo a lo establecido en el artículo 26 del D.L. Nº 19990 modificado por el artículo 1 de la Ley Nº 27023, es el trabajador asegurado al SNP quien debe solicitar la pensión de invalidez, para lo cual presentará junto con su solicitud de pensión un Certificado Médico de Invalidez[18] emitido por el Seguro Social de Salud (EsSalud), establecimientos de salud pública del Ministerio de Salud o Entidades Prestadoras de Salud (EPS) constituidas según Ley Nº 26790, previo examen de una Comisión Médica nombrada para tal efecto en cada una de dichas

(18) Mediante R.M. Nº 478-2006/MINSA, se aprobó la Directiva Sanitaria Nº 003-MINSA/DGSP-V.01: "Aplicación Técnica del Certificado Médico requerido para el otorgamiento de pensión de invalidez - D.S. Nº 166-2005-EF", con el objetivo de establecer el procedimiento técnico administrativo para la expedición del Certificado Médico requerido para el otorgamiento de pensión de invalidez de la ONP, por parte del Ministerio de Salud, EsSalud y las EPS.

entidades». Al respecto conviene tener presente que lo que estas entidades emiten no son certificados médicos de invalidez sino de incapacidad.

En este sistema también se contempla la posibilidad que un trabajador calificado con algún grado de invalidez y que viene percibiendo la pensión correspondiente pueda prestar servicios.

V. PROBLEMÁTICA RESPECTO AL TEMA DE LA INVALIDEZ ABSOLUTA PERMANENTE

1. Carencia de una definición de invalidez absoluta permanente

Lamentablemente la principal deficiencia que existe en nuestra legislación laboral respecto al tratamiento de la invalidez absoluta permanente reside en la carencia de una definición a través de la cual se precisen de forma clara sus alcances.

Así, de acuerdo a lo establecido en la LPCL la invalidez absoluta permanente extingue de pleno derecho y automáticamente la relación laboral desde que es declarada por EsSalud, el Ministerio de Salud o la Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú, a solicitud del empleador.

Como se puede apreciar, esta norma la menciona como causal de extinción del contrato de trabajo pero no la define ni señala en qué momento se configura, limitándose en realidad a precisar los efectos de su declaración y qué entidades son las encargadas de la misma. Como consecuencia de ello se generan en la práctica una serie de interrogantes respecto a:

a) Si por invalidez absoluta permanente debe entenderse un grado tal de invalidez que le impida de forma definitiva al trabajador volver a prestar servicios remunerados, sin que exista la posibilidad de su recuperación.

b) Si la invalidez absoluta permanente a que hace referencia la LPCL debe incapacitar al trabajador para la realización de las labores para las cuales fue contratado a través del contrato de trabajo o debe ser una invalidez de grado tal que le impida la realización de cualquier tipo de labor.

Luego de haber efectuado la revisión de otras normas que regulan de una u otra forma el tema, tales como el Dec. Leg. Nº 688 y algunas normas de seguridad social, hemos podido apreciar que, en primer lugar, la terminología utilizada en ellas no es la misma que la contemplada en la LPCL, por lo que no podemos

tener la certeza de que nos encontramos frente a iguales supuestos; y, en segundo lugar, que sus alcances aplican en forma parcial para el caso bajo comentario, o están orientados al otorgamiento de un beneficio o una pensión de invalidez y, por tanto, no necesariamente se condicen con el sentido de esta figura como causal de extinción del contrato de trabajo. Así lo considera la Dirección General de Trabajo al señalar "debe precisarse que la incapacidad absoluta permanente es una categoría de tipo laboral que encuentra recepción en la legislación peruana. Como tal, verificándose que en las normas de seguridad social del Perú esta misma expresión no encuentra una réplica idéntica, sus efectos deben entenderse en primer lugar en el marco de la relación laboral que le resulta antecedente"[19].

Ante esta situación consideramos que para poder dar respuesta a las dos preguntas antes formuladas debemos considerar el contexto normativo laboral existente. Así, respecto a la primera de ellas, la LPCL establece que la invalidez temporal sea absoluta o parcial es una causal de suspensión del contrato de trabajo. Por lo tanto, la invalidez absoluta permanente, como causal de extinción del contrato de trabajo debe entenderse como aquel supuesto en el cual el trabajador de manera permanente queda incapacitado para laborar, no contemplándose la posibilidad de que en algún momento se recupere de dicha incapacidad.

En cuanto a la segunda pregunta, esta a su vez comprende dos aspectos diferenciados pero que tienen íntima vinculación. El primero de ellos es el relacionado con el grado de la invalidez, que según la LPCL debe ser absoluta, y el segundo con el tema de si dicha invalidez incapacita al trabajador para prestar el servicio para el cual fue contratado a través de su contrato de trabajo o si lo incapacita totalmente para prestar cualquier servicio remunerado. Al respecto si tenemos en cuenta que el contrato de trabajo es el acuerdo entre el empleador y el trabajador a través del cual este se obliga a prestar determinado servicio bajo subordinación y el empleador al pago de la remuneración correspondiente, podemos concluir en que en materia laboral el término invalidez absoluta debería ser entendido en el sentido que el trabajador queda incapacitado de forma total para realizar la labor para la cual fue contratado en la empresa, en cuyo caso en aplicación del artículo 16 de la LPCL se podría dar por terminado el contrato de trabajo.

No obstante, cabe precisar que existe una tendencia en algunas normas laborales y de seguridad y salud en el trabajo hacia la conservación del puesto por parte del trabajador incapacitado como consecuencia de un accidente de

(19) Informe Nº 10-2012-MTPE/2/14, del 12/03/2012.

trabajo o enfermedad ocupacional y, por tanto, a su reubicación, con lo cual en estos supuestos habría que considerar una definición de invalidez absoluta permanente como causal de extinción del contrato de trabajo más inclusiva que considere la imposibilidad del trabajador de realizar cualquier tipo de labor remunerada.

1.1. Tratamiento en la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo

En función del Principio de Atención Integral de la Salud establecido en la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, los trabajadores que sufran algún accidente de trabajo o enfermedad ocupacional tienen derecho a las prestaciones de salud necesarias y suficientes hasta su recuperación y rehabilitación, procurando su reinserción laboral.

Asimismo, en el texto de su artículo 76, que fuera modificado por Ley Nº 30222 publicada el 11 de julio de 2014, se dispone que "los trabajadores tienen derecho a ser transferidos en caso de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional a otro puesto que implique menos riesgo para su seguridad y salud, sin menoscabo de sus derechos remunerativos y de categoría; salvo en el caso de invalidez absoluta permanente". Esta última frase ha sido justamente la modificación introducida a dicho artículo, lo que ha contribuido a aclarar sus alcances.

Dos precisiones al respecto. La primera que el contenido de este artículo solo aplica para aquel trabajador que sufra un accidente de trabajo o una enfermedad ocupacional, por lo que no se está tomando en consideración los supuestos de enfermedad o accidente común. Y, en segundo lugar, que si tomamos en cuenta que según se precisa en el artículo bajo comentario, el trabajador tiene derecho a recibir atención médica hasta su recuperación y rehabilitación y su empleador debe procurar su reinserción laboral o su reubicación en otro puesto de trabajo, salvo el caso de invalidez absoluta permanente, entonces debemos considerar que dentro de los alcances de esta norma la referencia a este último término debe comprender el caso de aquel trabajador que se encuentre totalmente incapacitado no solo para realizar su labor sino cualquier otro tipo de labor, en cuyo caso el empleador podría extinguir el vínculo laboral aplicando el artículo 16 de la LPCL.

2. Inaplicabilidad del procedimiento de verificación del estado de invalidez absoluta permanente contemplado en la LPCL

Lamentablemente, el problema desarrollado en el subnumeral anterior no es el único. Si bien la carencia de definición respecto a lo que constituye

una invalidez absoluta permanente impide, laboralmente hablando, la correcta determinación acerca de en qué momento se configura esta figura, existe asimismo, otro tema que dificulta en la práctica su determinación como causal de extinción del contrato de trabajo y es el relacionado con el procedimiento a seguir para su verificación y que según la LPCL está a cargo de EsSalud, el Ministerio de Salud o la Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú.

En el caso de EsSalud las empresas incurren en error, al confundir la declaración de incapacidad permanente para el trabajo que emite esta entidad con la invalidez absoluta permanente que contempla la LPCL como causal de extinción del contrato de trabajo.

Lamentablemente, ni EsSalud, ni el Ministerio de Salud ni la Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú tienen establecidos procedimientos para calificar dicha invalidez, tal como veremos a continuación.

En el punto 9.1 de la Directiva N° 08-GG-ESSALUD-2012, Normas Complementarias al Reglamento de Pago de Prestaciones Económicas aprobada por Resolución de Gerencia General Nº 619-GG-ESSALUD-2012, se establecía que las entidades empleadoras que pagaban reembolsos por incapacidad temporal y/o los trabajadores subsidiados estaban obligados a solicitar al médico tratante y/o médico de control de EsSalud, según corresponda, una evaluación de la incapacidad para el trabajo, por parte de las Comisiones Médicas Evaluadoras y Calificadoras de Incapacidades de la Institución (Comeci), cuando un trabajador tenía acumulados Certificados de Incapacidad Temporal para el Trabajo (CITT) por 150 días consecutivos de incapacidad o por 310 días no consecutivos en un lapso de 720 días.

Así, de acuerdo a lo establecido en el numeral 9.2 de la Directiva bajo comentario, si Comeci determinaba que la incapacidad era de naturaleza temporal, EsSalud reconocía el pago de subsidios hasta la fecha de alta, siendo el lapso máximo subsidiado de 11 meses 10 días consecutivos o 540 días no consecutivos en el lapso de 36 meses calendario. Si la Comisión determinaba que la incapacidad era de naturaleza permanente, EsSalud solo reconocía el subsidio por incapacidad temporal hasta los 180 días de incapacidad continua.

En el numeral bajo comentario se precisaba, asimismo, que el informe de evaluación de la incapacidad era de uso exclusivo de EsSalud, toda vez que definía la continuidad o no del subsidio por incapacidad temporal.

Sin embargo, el numeral 9 antes reseñado fue dejado sin efecto por Resolución de Gerencia General Nº 1311-GG-ESSALUD-2014 que aprueba la Directiva de Gerencia General Nº 015-GG-ESSALUD-2014 "Normas y procedimientos para la emisión, registro y control de las certificaciones médicas por incapacidad y maternidad en EsSalud", publicada el 9 de febrero de 2015, y ha sido reemplazado por los conceptos vertidos en los numerales 6.2.2.3.2, 6.2.2.5 y 6.2.2.7, cuyos alcances señalamos a continuación.

Así, se precisa que el Imeci[20], se emite a los asegurados regulares con incapacidad temporal prolongada, entre otros supuestos, cuando: la enfermedad o secuela que presenta el asegurado necesita de un tratamiento a largo plazo que supera el tiempo máximo permitido por Ley (11 meses y 10 días); el asegurado presenta 150 días de incapacidad consecutivos; o el asegurado acumule 90 días de incapacidad no consecutivos en un periodo de 365 días.

Respecto a los resultados de dicha calificación de incapacidad se ha establecido que si el Comeci determina que la incapacidad prolongada es de naturaleza temporal, se procede a emitir los CITT, siempre y cuando persista la incapacidad, teniendo un máximo de 340 días.

Si el Comeci determina que la incapacidad es de naturaleza no temporal, se emitirá el CITT, hasta un máximo de 180 días para los periodos consecutivos y no se otorgará CITT por más días, para los periodos no consecutivos.

Como se puede apreciar de los procedimientos antes mencionados, EsSalud declara la incapacidad permanente para el trabajo (denominada en la actualidad incapacidad no temporal, de acuerdo a los alcances de la Directiva Nº 015-GG-EsSalud-2014) y no la invalidez absoluta permanente, que es la causal de extinción del contrato de trabajo contemplada en la LPCL. Situación similar se presenta en el caso del Ministerio de Salud o la Junta de Médicos.

Todo esto conlleva a que las empresas, una vez emitido el dictamen de incapacidad permanente para el trabajo de EsSalud, se vean imposibilitadas de dar por terminado el contrato de trabajo, procediendo en la práctica a suspenderlo, en principio de forma perfecta, desde que dicha entidad ya no va a pagar subsidios y la empresa no se encuentra obligada a pagarle esos días al trabajador. El problema

(20) De acuerdo al numeral VII de la Directiva Nº 015-GG-ESSALUD-2014, titulado Conceptos de Referencia, el Imeci es el documento por el cual se hace constar la naturaleza de la incapacidad del asegurado con incapacidad temporal prolongada, impedimento configurado o pronóstico incierto pudiendo ser de Naturaleza Temporal o No Temporal, según pueda ser resuelta o no en los plazos que la Ley establece.

que se genera aquí es que en la Planilla Electrónica no existe un código para reflejar esos días, por lo que las empresas tienden a utilizar el referido a la licencia sin goce de haber, pese a que esta procede solamente a solicitud del trabajador y en estos casos esta situación no se produce. Para el trabajador esta situación le es desfavorable puesto que ese tiempo de suspensión del contrato de trabajo no le va a ser remunerado, salvo que hubiera tenido derecho a una pensión de invalidez transitoria; tampoco va a formar parte de la base de cálculo de sus beneficios laborales; y, si supera los tres meses consecutivos o cuatro no consecutivos sin que su empresa haya efectuado aportes a la seguridad social, perderá el derecho a las prestaciones de salud, es decir a la atención médica. Ante ello en la práctica se han visto casos en los cuales los trabajadores renuncian a efectos de poder tener la cobertura del periodo de latencia por desempleo, que en el mejor de los casos con tres años de aportes es de 1 año.

La otra posibilidad es que la empresa suspenda la relación laboral de manera imperfecta, utilizando la figura de la licencia con goce de haber, de forma tal que seguirá efectuando aportes a la seguridad social por el trabajador y este no perderá las prestaciones de salud.

En el Sistema de la Seguridad Social en Pensiones y, tal como se ha desarrollado en el numeral 3, sí se encuentran contemplados procedimientos para la calificación de la invalidez del trabajador, pero tal declaración como ya hemos precisado es para efectos previsionales, es decir, para determinar el otorgamiento de una pensión, contemplándose inclusive en algunos casos la posibilidad que simultáneamente el trabajador siga laborando.

Así, en el caso del Sistema Privado de Pensiones lo que más se aproximaría a la calificación de invalidez absoluta permanente sería la declaración de invalidez total definitiva, la cual se efectúa a solicitud del trabajador y no de la empresa con lo cual no se estaría cumpliendo con el requisito establecido en la LPCL.

En el caso del Sistema Nacional de Pensiones la naturaleza y grados de la incapacidad que puede tener un trabajador y que darán lugar al otorgamiento de la pensión de invalidez en este sistema son diversos y no todos se enmarcan dentro de lo que en materia laboral debería ser considerado una invalidez absoluta permanente. Adicionalmente, quien solicita la declaración de invalidez es el trabajador por lo que tampoco se estaría cumpliendo con el requisito contemplado en la LPCL, respecto a este aspecto.

VI. PRONUNCIAMIENTOS DIVERSOS SOBRE LOS ALCANCES DE LA INVALIDEZ ABSOLUTA PERMANENTE COMO CAUSAL DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

1. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

Con fecha 12 de marzo de 2012 el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo a través del Informe Nº 10-2012-MTPE/2/14 se pronunció respecto a una consulta remitida por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP acerca del concepto de invalidez absoluta permanente como causal de extinción del contrato de trabajo.

En este contexto en el Informe reseñado la Dirección General de Trabajo señala que el artículo 20 de la LPCL pareciera referirse a aquella incapacidad que impide al trabajador de realizar las actividades que tienen que ver con su profesión u oficio, para las que se ha formado, capacitado o eventualmente especializado. Sin embargo, también se señala que como lógica consecuencia, si el trabajador se ve inhabilitado no solamente para realizar aquella actividad específica sino cualquier otra profesión o actividad remunerada, con mucho mayor motivo –y siempre desde una perspectiva laboral– la extinción del vínculo encuentra justificaciones evidentes.

En el informe bajo comentario después de analizarse la terminología utilizada en las normas de seguridad social y su aplicación en el ámbito laboral, se concluye en que la invalidez absoluta permanente y la invalidez total permanente son conceptos que se superponen, precisándose que el primero de ellos puede estar referido tanto a lo que denominan "nivel ordinario" de la invalidez total permanente (primer párrafo del artículo 18.2.2 de las Normas Técnicas del SCTR) como a "las peores formas de invalidez total permanente" (segundo párrafo del artículo 18.2.2 de la misma norma). Sustentan esta posición señalando que no existe fundamento de interpretación jurídica que permita distinguir a uno y otro desde el punto de vista del grado de gravedad del menoscabo global de la persona, pues, a efectos de los regulado en el artículo 20 de la LPCL, ambos justifican por igual la extinción del vínculo laboral.

Asimismo, se señala que "no es posible establecer diferencias concretas entre los conceptos de incapacidad total permanente e incapacidad absoluta permanente, motivo por el cual es posición de dicha DGT que los organismos y entidades relacionadas con estos procedimientos adopten este criterio interpretativo".

Respecto a la determinación del estado de invalidez absoluta permanente, el Informe concluye señalando que "es necesario que EsSalud, el Ministerio de Salud y el Colegio Médico del Perú reglamenten los procedimientos específicos por los cuales los empleadores pueden solicitar la verificación y certificación de la incapacidad de los trabajadores que padezcan accidentes o enfermedades para que cuando se determine una incapacidad absoluta permanente, puedan invocar el artículo 20 de la LPCL y proceder a la extinción automática del contrato de trabajo", ya que "ninguna de las entidades mencionadas posee una reglamentación sistemática o siquiera coherente de los procedimientos que debieran seguirse según los términos del artícuo 13 de la LPCL. De ahí que no exista siquiera una recepción de este término en los procedimientos administrativos que se siguen ante EsSalud o el Ministerio de Salud, ni en la legislación que ellas aplican en el ejercicio de las funciones y actividades que realizan".

2. Tribunal Constitucional (TC)

En el Expediente Nº 01816-2011-PA/TC-MOQUEGUA, del 31/01/2012, el TC se pronunció respecto a la acción de amparo interpuesta por un trabajador que fue declarado con incapacidad permanente para el trabajo por la Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades de EsSalud y su empleador procedió a dar por terminado su contrato de trabajo sobre la base de la causal establecida en el artículo 16 inciso e): La invalidez absoluta permanente.

Para el TC el vínculo laboral "se ha extinguido automáticamente desde la declaración de incapacidad permanente para el trabajo del actor por EsSalud (...)"

Dos posiciones pueden derivarse de lo antes reseñado:

1) Que el TC, esté considerando que debido a la falta de procedimientos regulatorios para la declaración de invalidez, resulta factible y válido para una empresa utilizar el informe de la Comisión Médica Evaluadora y Calificadora de Incapacidades de EsSalud, en la actualidad denominado Informe Médico de Calificación de Incapacidad - Imeci para, sobre la base de la causal reseñada, extinguir el contrato de trabajo.

2) Que el TC esté considerando la incapacidad permanente para el trabajo como si fuera equivalente a la invalidez absoluta permanente.

En todo caso habría que tener en cuenta es que esta sentencia no sienta un precedente vinculante y, además, sus alcances no se coligen con lo establecido en la LPCL.

3. Proyecto de Ley General de Trabajo (LGT)

En el Proyecto de LGT, que si bien es cierto no ha sido aprobado puede servirnos de referencia respecto a cuáles serían los eventuales cambios que se darían en nuestra legislación laboral, se ha eliminado la referencia que contiene la LPCL respecto a que la declaración de invalidez absoluta permanente debe ser efectuada por EsSalud, el Ministerio de Salud o la Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú.

Así, en el numeral 6 de su artículo 110 se establece como una causal de extinción del contrato de trabajo la invalidez absoluta permanente.

Mientras que en su artículo 114 se establece que la invalidez absoluta permanente extingue de pleno derecho y automáticamente la relación de trabajo desde que es declarada conforme a ley, con lo cual se ha tratado de enmendar la imposibilidad práctica de ejecución de la LPCL respecto a este tema, aun cuando consideramos que se pudieron delimitar mejor los alcances de tal declaración.

4. Sector Público

En el Sector Público en un caso visto por la Autoridad Nacional del Servicio Civil, mediante Resolución Nº 01836-2013-SERVIR/TSC-Primera Sala, se declaró infundado el recurso de apelación interpuesto por un trabajador con Contrato Administrativo de Servicios (CAS) que fue extinguido por la entidad contratante, debido a que la Comisión Médica de Evaluación de Incapacidades de la Red Asistencial del Seguro Social de Salud concluyó que este tenía una incapacidad permanente. Al respecto, el numeral e) del artículo 10 del Dec. Leg. Nº 1057 incorporado por Ley Nº 29847, y el numeral 13.1 del artículo 13 de su Reglamento aprobado por D.S. Nº 075-2008-PCM establece como causal de extinción del CAS, entre otras, la invalidez absoluta permanente sobreviniente del contratado.

En el referido caso, Servir considera que si bien el informe médico consigna textualmente las frases: "válido solo para el pago del subsidio por incapacidad temporal para el trabajo" e "Informe Médico no válido para fines pensionarios, laborales ni legales", ello no implica la anulación de la determinación de la incapacidad permanente, ni de sus efectos, toda vez que dichas anotaciones están orientadas a precisar que el informe médico tiene por objetivo el diagnóstico de las capacidades del trabajador para continuar con o no con el desarrollo de sus actividades laborales. En ese mismo orden, dicho informe se constituye en un

documento esencial para la entidad con el fin de tomar una decisión respecto a la situación laboral del impugnante[21].

VII. CONCLUSIONES

1. La Ley de Productividad y Competitividad Laboral, se limita a señalar que la invalidez absoluta permanente es una causal de extinción del contrato de trabajo, pero no la define ni precisa sus alcances.

   La norma antes reseñada menciona, asimismo, que la invalidez absoluta permanente extingue de pleno derecho y automáticamente la relación laboral desde que es declarada conforme a su artículo 13, es decir, por EsSalud, el Ministerio de Salud o la Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú, a solicitud del empleador.

2. En este contexto, en la actualidad y en una interpretación estrictamente legal de lo señalado en la LPCL, no es posible delimitar los alcances de la invalidez absoluta permanente para efectos laborales. Sobre la base del análisis efectuado en el presente artículo llegamos a la conclusión que por invalidez absoluta permanente puede considerarse aquella afectación física o mental del trabajador que le impide desarrollar las labores para las cuales fue contratado, y con mayor razón se enmarcaría dentro de estos alcances la incapacidad que lo imposibilita de realizar cualquier tipo de trabajo.

3. Respecto a la formalidad establecida en la LPCL de que la invalidez absoluta permanente debe ser declarada por EsSalud, el Ministerio de Salud o la Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú a solicitud del empleador, ninguna de las entidades antes mencionadas tienen procedimientos establecidos a través de los cuales se regule tal declaración a efectos de que la empresa pueda sobre esa base proceder a extinguir la relación laboral.

4. En el caso específico de EsSalud, esta entidad lo que declara es la incapacidad permanente para el trabajo mas no la invalidez absoluta permanente.

(21) Fundamento 19 de la Resolución Nº 01836-2013-SERVIR/TSC-Primera Sala.

Además, EsSalud tiene establecido en sus normas que los Informes Médicos de Incapacidad que emite «no son válidos para fines pensionarios, laborales ni legales», con lo cual se desvirtúa una vez más la posibilidad de utilizar la figura de la incapacidad absoluta permanente para el trabajo declarada por EsSalud como causal de extinción del contrato de trabajo.

5. Si bien es cierto tanto en las normas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, como en las que regulan el Sistema Privado de Pensiones y el Sistema Nacional de Pensiones encontramos procedimientos para declarar la invalidez del trabajador en diversos grados, siendo uno de ellos la invalidez total y permanente, no podríamos considerar esta calificación como la causal de extinción del contrato de trabajo que contempla la LPCL por cuanto en primer lugar estas instituciones no están facultadas de acuerdo a esta norma para efectuar la declaración que servirá de base para extinguir el contrato de trabajo; y, en segundo lugar, porque en estas normas la certificación de la invalidez total y permanente es solo para efectos previsionales, vale decir para la obtención de una pensión de invalidez, pudiendo incluso contemplarse la posibilidad que en algún momento el trabajador se reincorpore a laborar en la empresa.

   Si en este contexto, consideráramos el tema de la Gran Incapacidad o Invalidez Total Definitiva, cuyos alcances hemos analizado, como sinónimo de Invalidez Absoluta Permanente, de la misma forma continuaría la imposibilidad de considerar esta declaración como causal de extinción del contrato de trabajo sobre la base que las instituciones reseñadas no están consideradas en la LPCL como facultadas para declarar la invalidez absoluta permanente.

   Y más aún, en las dos situaciones antes planteadas, existiría una imposibilidad adicional ya que estas calificaciones se hacen a solicitud del trabajador y no de la empresa, supuesto este último que considera la LPCL para que proceda la extinción del contrato de trabajo.

6. La situación reseñada en el numeral anterior conlleva a que las empresas, una vez emitido el dictamen de incapacidad permanente para el trabajo de EsSalud, se vean imposibilitadas de dar por terminado el contrato de trabajo, procediendo en la práctica a suspenderlo, en un afán por encontrar una salida temporal a este desfase normativo. La aplicación de esta medida les acarrea una serie de inconvenientes, al igual que a los trabajadores, los que fueron analizados en su oportunidad en el numeral 4.2.

7. En consecuencia, se hace por demás necesario que tanto EsSalud, el Ministerio de Salud y la Junta Médica del Colegio Médico del Perú, establezcan los procedimientos necesarios para poder efectuar la declaración de invalidez absoluta permanente, obviamente para efectos laborales, vale decir, para que una empresa pueda dar por terminado el contrato de trabajo respecto del trabajador que reciba tal calificación.

8. Respecto a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional o de Servir, en nuestra consideración sus alcances no pueden ser tomados como referentes pues ambas instituciones consideran que la incapacidad permanente del trabajador declarada por EsSalud puede ser considerada una causal de extinción del contrato de trabajo, lo que no se condice con lo establecido en la LPCL.

ARTÍCULOS DEL PENÚLTIMO CONCURSO LABORAL UNIVERSITARIO

EL PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS Y LAS FORMAS ESPECIALES DE CONCLUSIÓN DEL PROCESO REGULADAS EN LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO

Alfonso Yasuyoshi Higa García

I. INTRODUCCIÓN

La Nueva Ley Procesal del Trabajo (en adelante, NLPT) regula en su artículo 30 las formas especiales de conclusión del proceso laboral (en adelante, FECP). Al respecto, dicho artículo refiere que "el proceso laboral puede concluir, de forma especial, por conciliación, allanamiento, reconocimiento de la demanda, transacción, desistimiento o abandono".

Sin embargo, la aplicación de las FECP en el proceso laboral no constituye un ejercicio sencillo debido al principio de irrenunciabilidad de derechos. En efecto, la relación entre las FECP y dicho principio resulta innegable, pues este exige que, cuando se recurra a alguna de las primeras, se verifique que el trabajador no renuncie a algún derecho derivado de una norma imperativa(1).

(1) Para efectos del presente trabajo asumiremos la tesis objetiva del principio de irrenunciabilidad de derechos mayoritariamente aceptada por la doctrina nacional. Al respecto, consideramos que se trata de la tesis objetiva pues, a modo de ejemplo, se admite la validez de los convenios de reducción de remuneraciones sin analizar las circunstancias de su suscripción; de tal forma, basta verificar la ausencia de una norma imperativa para no admitir la aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos con lo cual la situación de desigualdad del trabajador resulta irrelevante. Al respecto, GONZÁLEZ HUNT, César. "La reducción de remuneración y el principio de irrenunciabilidad de derechos". En: *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro homenaje a Américo Plá Rodríguez*. 2ª ed., SPDTSS. Grijley, Lima, 2009, pp. 135-151 y FERRO DELGADO, Víctor. "El principio de irrenunciabilidad en la interpretación constitucional". En: *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro homenaje a Américo Plá Rodríguez*. 2ª ed., SPDTSS, Grijley, Lima, 2009, p. 119.

Pues bien, en aquellos casos en los que el derecho discutido deriva de una norma imperativa, la relación entre ambas figuras siempre ha sido percibida como conflictiva y objeto de resistencia por parte de la doctrina y la propia jurisdicción laboral. Por ello, y como una consecuencia natural frente a un escenario muchas veces contrario a su aplicación, tal y como afirma Baylos, *"*los conflictos individuales se canalizan hacia el aparato judicial laboral, sin que los sistemas de autocomposición se hayan adentrado con decisión en este terreno (...)"[2].

En aquel escenario de resistencia a las FECP, comúnmente basta con verificar el petitorio de la demanda para negar la posibilidad de concluir el proceso de forma alternativa a la sentencia. No obstante, y con el fin de superar una lectura tan rígida, también se ha propuesto relativizar la aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos al interior del proceso debido al alto costo que conlleva mantener abierto el conflicto.

Así, una lectura rígida de la relación entre las FECP y el principio de irrenunciabilidad de derechos cuyo efecto sea la prohibición tiene por consecuencia otra lectura, igual de rígida, que propugna su aceptación en todos los supuestos. En cualquier caso, nos parece que tales interpretaciones parten de un análisis insuficiente pues, a nuestro modo de ver, el solo reconocimiento del derecho en controversia en una norma imperativa no alcanza para aplicar el principio de irrenunciabilidad de derechos y, a su vez, para admitir o negar la procedencia de alguna de las FECP.

En realidad, en el presente trabajo pretendemos evidenciar que la determinación de una eventual violación al principio de irrenunciabilidad de derechos mediante la aplicación de alguna de las FECP exige un mayor análisis que la sola lectura de la demanda. De lo contrario, altas serán las probabilidades de incurrir en un error al momento de determinar el ámbito de aplicación del principio; y, además, las consecuencias de ello no son menores.

En efecto, debido a que el principio exige la verificación de una renuncia por parte de un **titular de un derecho** derivado de norma imperativa, resulta indispensable determinar en qué supuestos es posible afirmar dicha titularidad. De este modo, frente a supuestos en los que existan dudas fundadas respecto de la existencia del derecho reclamado, también será dudosa la titularidad del mismo con lo cual, creemos, la negación de la conclusión del proceso mediante alguna FECP carece de sustento.

---

(2) BAYLOS GRAU, Antonio. "La conciliación previa al proceso en el Derecho español". En: *Congreso Internacional de Derecho Procesal del Trabajo. Exposiciones y ponencias*. Cusco, 1997, p. 108.

Por su parte, tal análisis no solo importa en el plano dogmático sino también en el plano pragmático ya que la (errónea) aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos impide sincerar las actuaciones extrajudiciales de las partes. A modo de ejemplo, podemos señalar los numerosos desistimientos de la pretensión derivados de transacciones extrajudiciales celebradas previamente; las mismas que muchas veces se encuentran motivadas en el deseo de concluir el conflicto.

Así las cosas, analizados los efectos perjudiciales derivados de desconfiar sin más de las FECP, iniciaremos el desarrollo del presente trabajo; no sin antes reiterar que en ningún momento propugnamos dejar de lado al principio de irrenunciabilidad de derechos. En realidad, tan solo apuntamos a delimitar su ámbito de aplicación para, de ese modo, evitar un perjuicio para los trabajadores a los cuales se pretende proteger; ya sea por la obligación de continuar el proceso (lo que mantiene abierto el conflicto) o privándose del rol de garante del juez laboral.

II. EL PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS

Siguiendo a Toyama, *"*uno de los principios más relevantes del Derecho Laboral es el de irrenunciabilidad de derechos que denota un rasgo esencial e inequívoco de la protección del Derecho Laboral a los trabajadores (...)"[3]. Pues bien, y conforme a Neves, quien recoge y define la tesis objetiva, mayoritariamente aceptada en nuestro país[4]:

> "(...) el principio de irrenunciabilidad de derechos es justamente el que prohíbe que los actos de disposición del titular de un derecho recaigan sobre derechos originados en normas imperativas y sanciona con la invalidez la trasgresión de esta regla"[5].

En consecuencia, el principio de irrenunciabilidad de derechos evita que el trabajador, como parte débil de la relación laboral disponga de los derechos que el ordenamiento le reconoce en normas imperativas. Así las cosas, a continuación

(3) TOYAMA MIYAGUSKU, Jorge. "*El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales: normativa, jurisprudencia y realidad"*. En: *Ius et veritas*. Nº 22, Año 11, 2001, p. 164.

(4) Para un repaso de otros puntos de vista respecto del mismo principio revisar CASTELLO, Alejandro. "Vigencia y alcance del principio de irrenunciabilidad". En: *Derecho & Sociedad*. Año XIX, Nº 30, Asociación Civil, Lima, 2008, pp. 30-58 y AA.VV. *XVI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 2006, pp. 135-203.

(5) NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009, p. 127.

analizaremos qué debemos entender por renuncia para luego analizar los ámbitos de aplicación del referido principio. Finalmente, nos pronunciaremos respecto de la aplicación del principio en el derecho procesal del trabajo.

1. La renuncia

La renuncia constituye un negocio jurídico en el cual "(...) el fin práctico perseguido por el declarante y reconocido por el Derecho, es la abdicación de un derecho o titularidad activa, y estrictamente esa abdicación"(6). Se trata de una manifestación de voluntad "(...) irrevocable, esto es, incondicional y definitiva"(7) de disponer de un derecho; y, como es evidente, debe provenir del titular del mismo.

Siendo ello así, conviene precisar que "(...) no constituyen supuestos de renuncia el no ejercicio de un derecho por el transcurso del tiempo ni la renuncia tácita o presunta"(8). En realidad, y siguiendo a Alonso:

> "(...) el ordenamiento reacciona con la declaración de nulidad contra el acto del titular del derecho irrenunciable en el cual se exteriorice la voluntad de renunciar, pero no reacciona contra su mera pasividad u omisión de ejercicio; de ahí que los derechos irrenunciables estén sujetos a plazos de prescripción o de caducidad como lo están los renunciables"(9).

2. Ámbito objetivo

El principio de irrenunciabilidad de derechos se aplicará sobre los derechos reconocidos en normas imperativas, entre las que se encuentra el convenio colectivo. Al respecto, consideramos pertinente realizar dicha precisión como consecuencia de la sentencia recaída en el Exp. Nº 008-2005-PI/TC.

En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional realizó una interpretación restrictiva y limitó el ámbito objetivo del principio a aquellos "derechos reconocidos por la Constitución y la ley. No cubre, pues, a aquellos provenientes de la convención colectiva de trabajo o la costumbre"(10). No obstante, tal y como resulta

---

(6) OJEDA AVILÉS, Antonio. *La renuncia de derechos del trabajador.* Instituto de estudios políticos, Madrid, 1971, p. 171.

(7) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Ob. cit., p. 166.

(8) Ibídem, p. 167.

(9) Citado por PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo.* 3ª ed., De Palma, Buenos Aires, 1998, p. 129.

(10) El mismo criterio también se verifica en el Considerando Quinto de la Cas Nº 476-2005-Lima.

pacífico en la doctrina[11], reiteramos que negar el carácter imperativo del convenio colectivo no encuentra ningún fundamento jurídico.

3. Ámbito subjetivo

El derecho laboral se origina "(...) por una especial necesidad de protección primero de los obreros fabriles y después de los trabajadores en general"[12]. De ahí que sus principios se articulen, al menos de forma indirecta, en torno a la protección del trabajador.

En ese sentido, e incluso asumiendo una tesis objetiva, dicho carácter tuitivo del derecho del trabajo obliga a restringir el ámbito objetivo del principio de irrenunciabilidad de derechos pues, en el mismo sentido que Toyama:

> "En nuestra opinión, teniendo en cuenta que el principio de irrenunciabilidad se origina en la desigualdad entre las partes laborales y la necesidad de proteger al trabajador, está reservado únicamente para los actos de disposición de derechos de este último. (...) si el empleador renuncia a sus facultades de dirección (...) no nos encontramos ante un caso referido al principio de irrenunciabilidad"[13].

4. El principio de irrenunciabilidad de derechos en el proceso laboral

La desigualdad presente entre las partes de la relación laboral que obliga a la prohibición de pactar en contra de normas imperativas también se ve reflejada en el proceso. Tan es así que uno de los principios propios del proceso laboral es el referido a la igualdad por compensación.

Ahora bien, se debe tener en cuenta que este principio tiene como límite el respeto al derecho al debido proceso del empleador ya que dicha compensación persigue la igualdad de las partes y no la superioridad del trabajador como parte procesal. En otras palabras, "en ningún caso puede llegar a verse afectado sustancialmente el respeto a la imprescindible igualdad de las partes en curso del proceso"[14] en aplicación de los mecanismos orientados a suplir la posición de desventaja en la que se encuentra el trabajador como parte procesal.

---

(11) Por todos, NEVES MUJICA, Javier. Ob. cit., p. 133.

(12) HUECK, Alfred y NIPPERDEY, H.C. *Compendio de Derecho del Trabajo.* Traducción de Rodríguez Piñero y De la Villa, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 45.

(13) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Ob. cit., p. 166.

(14) BAYLOS GRAU, Antonio, CRUZ VILLALÓN, Jesús y FERNÁNDEZ, María Fernanda. *Instituciones de Derecho Procesal Laboral.* Trotta, Madrid, 1991, p. 43.

Siendo así, consideramos que el principio de irrenunciabilidad de derechos constituye un principio sustantivo de perfecta aplicación en el plano procesal. Es más, no solo es compatible con el proceso sino que, además, resulta ser necesario en la medida que la propia norma procesal admite las FECP a través de las cuales se podría producir una renuncia inválida del trabajador.

Finalmente, debemos señalar expresamente que discrepamos de Murgas quien identifica un principio denominado *Principio de indisponibilidad* el cual sería "(...) la versión procesal del principio de irrenunciabilidad (...)"[15]. En realidad, reiteramos que, a nuestro entender, el principio de irrenunciabilidad de derechos constituye un derecho sustantivo de aplicación procesal puesto que no requiere del proceso para su existencia sino que, por el contrario, se exige que el proceso recurra al mismo pues "(...) para el Derecho del Trabajo no basta cualquier solución para el conflicto, sino que esta debe contemplar determinados postulados y principios (...)"[16] como el aquí analizado.

III. LA IMPORTANCIA DE LAS FECP EN EL PROCESO LABORAL

La reforma procesal laboral introdujo un nuevo proceso cuyo principal atractivo es la oralidad; pues bien, tal característica, sumada a los demás principios rectores del nuevo proceso, hace de este último un proceso eficaz y radicalmente distinto al anterior. Sin embargo, y conforme analizaremos en las siguientes líneas, no solo basta lo anterior para alcanzar un proceso laboral eficaz sino que, en realidad, resulta vital el rol de las FECP.

1. Las FECP como una cuestión de necesidad en un proceso laboral eficaz

El inicio del proceso presupone la existencia de un conflicto que pretende ser solucionado por el accionante; conflicto que en el caso del proceso del trabajo debe ser entendido como "toda contienda derivada de una relación laboral"[17]. Al respecto, resulta de vital importancia el hecho que no nos encontremos frente

(15) MURGAS TORRAZZA, Rolando. "Los principios del Derecho Procesal del Trabajo". En: *Derecho Laboral*. Tomo LII, Nº 234, Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales, abril, 2009, p. 263.

(16) GARMENDIA ARIGÓN, Mario. *Mecanismos alternativos de solución de conflictos individuales de trabajo*. En: Congreso Internacional de Derecho Procesal del Trabajo. Exposiciones y ponencias, Cusco, 1997, p. 152.

(17) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. "La solución de los conflictos de trabajo". En: *La solución de conflictos laborales*. Vol. I, México, 1985, p. 16.

a cualquier tipo de conflicto sino que, por el contrario, tengamos por delante a un conflicto laboral.

Ello ocurre puesto que, tal y como señala Mangarelli:

> "Los conflictos individuales de trabajo deben ser resueltos de forma rápida. Si bien la necesidad de celeridad se aplica a todos los procesos, en el caso del laboral es mayor, dado que los reclamos en su mayor parte tienen naturaleza salarial por lo que constituyen el sustento del trabajador (y su familia)"[18].

Así las cosas, "las normas procesales a aprobar debían tener en cuenta la urgencia del trabajador de obtener el cobro de su crédito (...)"[19] y, por ello:

> "Los nuevos procesos laborales promueven el empleo de los medios alternativos de solución de conflictos, especialmente la mediación, la conciliación y el arbitraje, a los cuales se les da muy poca importancia en los procesos tradicionales"[20].

Entonces, no basta con regular un proceso célere de modo tal que sea posible obtener rápidamente una sentencia sino que, además, un proceso laboral eficaz debe necesariamente contar con mecanismos alternativos a la sentencia que otorguen pronta solución al conflicto. Pues bien, justamente las FECP reguladas en el artículo 30 del NLPT cumplen dicha finalidad y no por nada se les ha calificado como una de "las principales metas de una reforma procesal laboral"[21].

2. Las FECP en la NLPT

De acuerdo a lo anterior, la NLPT, a diferencia de su antecesora, se ha encargado de regular expresamente en el artículo 30 todas las FECP. Al respecto, la Ley Nº 26636 (en adelante, LPT) no consideraba al allanamiento ni al reconocimiento como mecanismos especiales de conclusión del proceso debido a que, ante la verificación de alguno de ellos, el juez estaba obligado a emitir sentencia

(18) MANGARELLI, Cristina. "Autonomía del proceso y tutela de los derechos sustanciales". En: *Primera edición oficial de la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Ley Nº 29497.* Editora Perú, Lima, 2012, p. 128.

(19) Loc. Cit.

(20) HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Óscar. "Unidad del derecho procesal y autonomía del procedimiento laboral". En: *Primera edición oficial de la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Ley Nº 29497.* Editora Perú, Lima, 2012, p. 157.

(21) CIUDAD REYNAUD, Adolfo. "Análisis comparado de las reformas procesales laborales en América Latina". En: *Primera edición oficial de la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Ley Nº 29497.* Editora Perú, Lima, 2012, p. 607.

y, por su parte, no preveía el abandono; el mismo que se encontraba (mal) *regulado* por el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral de 1999.

Asimismo, la conciliación en la LPT[22] debía darse en el mismo acto en que se saneaba el proceso. De tal manera, no existía una actuación independiente, como la actual Audiencia de Conciliación, en la que el juez pudiera enfocarse única y exclusivamente a proponer –y lograr que las partes alcancen– alguna de las FECP.

Este aspecto merece especial análisis pues, como un mecanismo promoción de las FECP, resulta vital el hecho que la NLPT incorpore en su estructura una Audiencia especial a la cual denomina "Audiencia de Conciliación". Desde el nombre, el cual no es gratuito, en esta etapa la NLPT constituye al juez como un conciliador que se encuentra facultado –y hasta obligado– a proponer fórmulas que permitan solucionar el conflicto[23].

Durante dicha etapa el juez tan solo conoce el escrito de demanda con lo cual, sobre la base de tal conocimiento, no podría ejercer su función jurisdiccional ya que ello implicaría una vulneración al derecho de defensa del demandado[24]. Inclusive, la propia norma refiere que la participación del juez durante esta etapa no implica prejuzgamiento y, a su vez, lo señalado por las partes no puede ser considerado una declaración para efectos del proceso.

En ese sentido, es preciso que los jueces interioricen el verdadero rol que la norma les otorga en esta parte del proceso. Más aún si, a diferencia de lo que ocurre en otros países como Uruguay, Venezuela, entre otros, el mismo juez que participa de la Audiencia de Conciliación determinará el caso durante la Audiencia de Juzgamiento.

No se debe perder de vista que en esta etapa los jueces son únicamente conciliadores. Solo así se evitará que, ya en la Audiencia de Juzgamiento, el juzgador se encuentre predispuesto a considerar determinadas manifestaciones vertidas durante el desarrollo de la Audiencia de Conciliación.

(22) En estricto, ya que podía darse en cualquier etapa del proceso hasta antes de la emisión de sentencia.

(23) Incluso, tal obligación se señala expresamente en el artículo 43.2 según el cual: "El juez invita a las partes a conciliar sus posiciones y participa activamente a fin de que solucionen sus diferencias total o parcialmente".

(24) Con la excepción a la que se refiere el último párrafo del artículo 43.

IV. EL PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS Y LAS FECP: ¿RELACIÓN INCOMPATIBLE?

En el punto anterior hemos constatado que la NLPT se ha encargado de regular específicamente todas las FECP aplicables y, a su vez, ha estructurado el proceso de modo tal que promueve su aplicación. Sin embargo, y a nuestro modo de ver, el hecho que la NLPT promueva las FECP no implica perder de vista lo siguiente:

> "(...) en el esquema planteado por el Derecho del Trabajo, a la relevancia del bien jurídico paz social, se le suma –e incluso se le superpone– la relevancia de la protección del bien jurídico trabajo, de forma tal que, solamente puede resultar válida la solución del conflicto que respete y ampare debidamente la sustancia protectora que tipifica a esta rama del derecho"[25].

De tal forma, respetuosamente discrepamos cuando se señala que "existen muchas situaciones en las que el conflicto debe ser transigido o, incluso, conciliado, aun con renuncia de derechos, porque otras fórmulas llevarían al mismo resultado o uno peor"[26]. Coincidimos con el hecho de que existe una imperativa necesidad de dotar al trabajador de todos los mecanismos posibles de finalizar el conflicto que origina su reclamo; no obstante, tales soluciones deberán respetar los principios característicos del Derecho Laboral como el principio de irrenunciabilidad de derechos.

Ahora, ¿resulta correcto negar la aplicación de las FECP en todos los casos en los que se verifique que el derecho reclamado se deriva de una norma imperativa? ¿Es cierto que en aquellos supuestos existe una relación incompatible entre el principio de irrenunciabilidad y las FECP? En el presente punto pretendemos dar respuesta a las interrogantes anteriores y, para ello, en primer lugar resulta preciso conocer cuáles son las FECP y sobre cuáles cabría verificar si existe un supuesto de renuncia de derechos.

Así las cosas, a continuación proponemos un cuadro en el que se aprecia las FECP reguladas en la NLPT, realizando algunas necesarias precisiones:

(25) GARMENDIA ARIGÓN, Mario. Ob. cit., p. 152.

(26) VINATEA RECOBA, Luis. "La conciliación en la Ley Procesal del Trabajo". En: *Congreso Internacional de Derecho Procesal del Trabajo. Exposiciones y ponencias*. Cusco, 1997, p. 234.

FECP	¿CABE UNA RENUNCIA?
Por la voluntad de una de las partes	
Allanamiento: "(…) quien se allana se somete a la pretensión planteada en su contra, abandonando, en consecuencia, toda oposición o defensa posible"[(a)].	No. Incluso cuando el trabajador sea demandado, no se discutirá un derecho del trabajador sino un derecho de la contraparte (empleador).
Reconocimiento de la demanda: "El reconocimiento strictu sensu es el instituto procesal mediante el cual el sujeto que lo practica declara expresamente que acepta no solo la pretensión, sino también la certeza o autenticidad de los hechos y la fundamentación jurídica en que dicha pretensión se sustenta"[(b)].	No. Incluso cuando el trabajador sea demandado, no se discutirá un derecho del trabajador sino los hechos y derechos alegados por la contraparte empleadora.
Desistimiento	Sí; pero solo en el caso del desistimiento de la pretensión. Los efectos del desistimiento del proceso no alcanzan en modo alguno al derecho sustantivo materia del mismo; nos explicamos, se mantiene expedito el derecho de accionar judicialmente con miras a exigir la misma pretensión en un nuevo proceso.
Por la voluntad concurrente de las partes	
Conciliación: "(…) acto realizado por las partes mediante el cual, y ante la presencia de un tercero (conciliador), deciden poner fin a sus diferencias y llegar a un acuerdo entre las partes"[(c)].	Sí. Podríamos encontrarnos frente a un supuesto de renuncia del trabajador que viabilice un eventual acuerdo conciliatorio.
Transacción: al igual que en la conciliación, son las propias partes las que ponen fin a la controversia jurídica; sin embargo, "(…) no hay transacción en ausencia de concesiones recíprocas"[(d)].	Sí. En la medida que la transacción exige concesiones recíprocas de las partes, eventualmente un trabajador podría terminar cediendo algún derecho reconocido en norma imperativa.
Por disposición legal	
Abandono: la NLPT reconoce expresamente al abandono como un mecanismo especial de conclusión del proceso, el mismo que había sido declarado incompatible con la naturaleza del proceso laboral mediante el Pleno Jurisdiccional Laboral del año 2009[(e)].	No. Incluso cuando las partes inciden directamente con su inactividad, esta no tendría ningún efecto si la norma no hubiese un puesto un plazo para que la misma surta algún efecto. A nuestro entender, nos encontramos con una situación parecida –mutatis mutandis– a la prescripción[(f)].

(a) HENOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto. *Formas especiales de conclusión del proceso: conciliación, allanamiento, reconocimiento, transacción, desistimiento, abandono*. 2ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 109.

(b) Ibídem, p. 127.

(c) Ibídem, p. 50.

(d) PELISSIER, Jean; SUPIOT Alain y JEAMMUD, Antoine, citados por MANGARELLI, Cristina. *La transacción en el Dderecho del Trabajo*. Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004, p. 31.

(e) El rol del juez de impulsar el proceso no se contrapone con la existencia del abandono debido a que se justifica en otras consideraciones. Al respecto: "El abandono implica dos factores combinados: el tiempo y la inactividad". HENOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto. Ob. cit., p. 199. En el mismo sentido, PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "En torno al principio de irrenunciabilidad". En: *Compendio de Derecho Colectivo del Trabajo*. Ius et veritas, Lima, 2010, pp. 105-106.

(f) Esto último refuerza nuestra negación de una posible aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos en el abandono pues, como ya se dijo: "(..) el ordenamiento reacciona con la declaración de nulidad contra el acto del titular del derecho irrenunciable en el cual se exteriorice la voluntad de renunciar, pero no reacciona contra su mera pasividad u omisión de ejercicio; de ahí que los derechos irrenunciables estén sujetos a plazos de prescripción o de caducidad como lo están los renunciables". Citado por PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Ob. cit., p. 129. En el mismo sentido, PASCO COSMÓPOLIS, Mario. Ob. cit., pp. 107-109.

1. Cuestionamientos a las FECP desde el principio de irrenunciabilidad de derechos

En el cuadro anterior hemos señalado en cuáles de las FECP podría ser de aplicación el principio de irrenunciabilidad de derechos. Pues bien, en aquellos casos, algún sector de la doctrina suele resistir su aplicación en los casos en los que se verifique que el derecho pretendido deriva de una norma imperativa.

Al respecto, es posible identificar posturas que rechazan absolutamente la posibilidad de concluir mediante un mecanismo alternativo a la sentencia aquellos procesos en los que se discuta un derecho derivado de una norma imperativa. Por ejemplo, al hacer referencia al rechazo de la transacción en el derecho del trabajo, Magarelli ha señalado que:

> "La transacción ha sido cuestionada en el derecho del trabajo. Se ha sostenido que el carácter de 'orden público' que tienen las normas del derecho del trabajo, impide que ellas se dejen sin efecto por acuerdos privados. En la misma línea, se ha argumentado que, el carácter 'imperativo' de las normas laborales, conduce a la 'indisponibilidad' de los derechos por parte del trabajador, por lo que estaría impedido de celebrar transacciones"(27).

En el mismo sentido, Babace refiere lo siguiente al pronunciarse sobre la transacción:

> "Para determinar la validez de estos acuerdos debe comenzarse desde el propio derecho laboral. El primer límite a examinar se encuentra en el propio derecho laboral, y conforme al mismo no son válidas las transacciones que afecten normas de orden público laboral absolutamente indisponibles. Desde luego que el problema se traslada a la determinación de cuáles son esas normas, pero una vez identificadas, ninguna transacción es posible a su respecto"(28).

Por su parte, y desde lo que podríamos denominar una *lógica de la desconfianza*, también se suele presuponer un supuesto de fraude por el que se pretende encubrir una renuncia del trabajador. En esa línea, Ojeda ha señalado que existe:

(27) MANGARELLI, Cristina. Ob. cit., p. 31.

(28) BABACE, Héctor. "Transacciones celebradas en audiencia administrativa". En: *XVI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 2006, p. 173.

> "(...) un problema de falta de delimitación y deslinde de las causas jurídicas de estos negocios y de la renuncia, que hasta ahora ha permitido que pasen como transacciones, novaciones, negocios liberatorios (finiquitos), lo que en puridad conceptual son auténticas renuncias prohibidas (...) Prohibida la renuncia por el artículo 36, la transacción y la novación se utilizan para conseguir lo que antes se alcanzaba, bastante más fácilmente, con aquella"[29].

De tal forma, queda claro que existe un rechazo de un sector de la doctrina respecto de la aplicación de las FECP cuando el derecho discutido deriva de una norma imperativa. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, la relación entre el principio de irrenunciabilidad de derechos y las FECP no implica la aceptación o, en este caso, la negación de estas últimas.

En realidad, e incluso en aquellos casos en los que se discuta un derecho derivado de norma imperativa, la vigencia de uno no implica la negación del otro (y viceversa); por el contrario, creemos que la vigencia del principio de irrenunciabilidad de derechos obliga a determinar su verdadero ámbito de aplicación. En ese sentido, tal y como proponemos a continuación, se debe poner énfasis en la titularidad del derecho sobre el cual procede la renuncia, presupuesto básico de aplicación del principio de irrenuciabilidad de derechos.

2. La titularidad del derecho: La *renuncia* sobre derechos dudosos

Al momento de definir el principio de irrenunciabilidad de derechos, se ha señalado que: "(…) es justamente el que prohíbe que los actos de disposición del **titular de un derecho** recaigan sobre derechos originados en normas imperativas y sanciona con la invalidez la trasgresión de esta regla"[30] (el resaltado es nuestro). En ese sentido, ¿es posible aplicar el principio de irrenunciabilidad de derechos cuando se está cuestionando, justamente, la titularidad del derecho reclamado?

Al respecto, se ha realizado una distinción entre derechos ciertos, litigiosos, e inciertos. Así, al analizar las diferencias entre la transacción y la renuncia, Baylos ha señalado lo siguiente:

> "(…) se ha venido distinguiendo entre una referencia del principio de irrenunciabilidad a derechos ciertos, sin que queden afectadas por este las pretensiones deducidas, que son dudosas, de forma que se

(29) OJEDA AVILÉS, Antonio. Ob. cit., p. 181.

(30) NEVES MUJICA, Javier. Ob. cit., p. 127.

> debe hacer hincapié sobre la 'incertidumbre sobre la existencia del derecho' (…)".

En el mismo sentido, Mangarelli refiere –aunque para el caso de la transacción– que:

> "No se contraviene dicho principio porque la transacción solo es admisible en materia laboral, si existen concesiones recíprocas y si los derechos sobre los que se transige **no son ciertos, sino dudosos e inciertos**"(31) (resaltado nuestro).

Pues bien, incluso cuando la afirmación anterior se encuentra referida a la transacción en materia laboral, creemos que es posible extender el mismo razonamiento a todas las FECP en las que eventualmente sea posible aplicar el principio de irrenunciabilidad de derechos. Lo anterior deriva del hecho que:

> "Debe señalarse que en la 'renuncia' la persona se desprende de 'un derecho reconocido a su favor', por lo que, tratándose de derechos dudosos o inciertos, no puede existir renuncia, dado que la persona no tenía ese derecho reconocido a su favor"(32).

En consecuencia, incluso cuando el derecho discutido se derive de una norma imperativa, ahí cuando se verifique que el derecho es dudoso o incierto no se deberá aplicar el principio de irrenunciabilidad. De lo contrario, se aplicaría el principio sin la verificación de uno de sus requisitos: la titularidad del derecho sobre el cual se renuncia.

No obstante lo anterior, es preciso dejar en claro que la incertidumbre del derecho no viene determinada por la existencia de un litigio. Al respecto, así como la sola discusión sobre un derecho derivado de norma imperativa no implica la aplicación del principio de irrenunciabilidad que invalidaría una eventual renuncia, tampoco excluye su aplicación la sola verificación del conflicto sobre el derecho que daría lugar a alguna de las FECP.

Esta precisión nos obliga a discrepar de la posición de Plá para quien resulta suficiente el carácter litigioso del derecho para admitir la transacción y, a

(31) MANGARELLI, Cristina. Ob. cit., p. 21.

(32) Ibídem, p. 22. En el mismo sentido, Murgas señala que "Los acuerdos de este tipo no pueden afectar derechos indisponibles (que son la mayoría de los derechos de los trabajadores) y debe tratarse de derechos que claramente aparezcan en el proceso como no reconocidos o no acreditados o todavía inciertos". MURGAS TORRAZZA, Rolando. Ob. cit., p. 264. No obstante, discrepa Pasco quien ciñe la verificación de derechos inciertos únicamente a la conciliación: PASCO COSMÓPOLIS, Mario. Ob. cit., p. 104.

nuestro modo de ver, las demás FECP. Al respecto, el maestro uruguayo ha señalado lo siguiente:

> "En general se suele admitir la transacción y rechazar la renuncia. Hay dos razones fundamentales. La primera, de carácter teórico, porque la transacción supone trocar un derecho litigioso por un beneficio concreto y cierto, mientras que la renuncia, supone simplemente privarse de un derecho cierto"[33] (el resaltado es nuestro).

Discrepamos de tal posición pues, a nuestro entender, nos encontraremos frente a un litigio cuando exista una pretensión que sea resistida por la otra parte; sin embargo, tal litigio no configura la incertidumbre del derecho reclamado ya que la resistencia de la otra parte podría carecer de fundamentos. Por tal motivo, resulta imperativo tomar en cuenta que:

> "(...) el derecho sobre el que se transige debe ser además de litigioso, dudoso o incierto dado que puede existir litigio y el derecho no ser dudoso. Y para admitir la transacción en materia laboral, debe tratarse de un derecho dudoso o incierto, de otra forma se estaría vulnerando el principio de irrenunciabilidad"[34].

Así las cosas, mediante la posición propuesta, no se intenta ocultar una renuncia mediante otro negocio; ni tampoco se sugerimos flexibilizar la aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos para dar paso a las FECP. En realidad, **la cuestión que resulta vital para concluir la validez de alguna FECP es si, efectivamente, existe la certeza de que se es titular sobre aquello que se renuncia;** de lo contrario, a lo sumo nos encontraremos frente a la apariencia de una renuncia pues no se puede renunciar sobre lo que no se es titular.

Conforme a lo anterior, y para concluir el presente punto, debemos discrepar de Ojeda quien excluye la aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos en la transacción debido a la ausencia de una renuncia en base a la existencia de prestaciones recíprocas. Al respecto, el profesor español sostiene que:

> "(...) la renuncia es un abandono de derechos sin contraprestación, con lo que la diferencia frente a la transacción es clara, en línea de principio. (...) la única distinción posible es la producida por la

(33) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Ob. cit., pp. 153-154.

(34) MANGARELLI, Cristina. Ob. cit., p. 36.

> reciprocidad de prestaciones de la transacción, que la cualifica como contrato oneroso, alejándola así del esquema de la renuncia"[35].

Sin embargo, discrepamos de tal postura pues, si se verifica la existencia de un derecho cierto derivado de norma imperativa, el principio de irrenunciabilidad de derechos obligaría a la total satisfacción del derecho reclamado. Bajo la postura descrita, la negación de la renuncia por la sola existencia de prestaciones recíprocas admitiría la transacción incluso cuando el trabajador disponga de determinada porción de su derecho debido a un reconocimiento *incompleto* por parte del empleador.

3. El rol del juez laboral en la determinación de validez de las FECP: la verosimilitud respecto de la certidumbre del derecho

El rol del juez laboral resulta por demás importante a fin de proteger al trabajador frente a FECP violatorias del principio de irrenunciabilidad de derechos. Por tal motivo, resulta imperativo que las partes no perciban en la judicatura un rechazo *a priori* de las FECP que las obligue a realizar acuerdos sin su supervisión.

Así, y conforme a la interpretación propuesta, el rol del juez laboral en estos casos será el de verificar la certidumbre o no del derecho reclamado. No obstante, siendo que la Audiencia de Conciliación se produce cuando el único acto procesal ha sido la presentación del escrito de demanda, ¿cómo podría el juez determinar el carácter del derecho reclamado y, por ende, su titularidad?

Al respecto, consideramos que el juez sí se encuentra en la capacidad de determinar la validez de las FECP en dicha etapa del proceso. Para ello, deberá aplicar un criterio de *verosimilitud* de la fundabilidad de la pretensión del actor, la cual "implica un juicio de probabilidad acerca de la existencia futura de una sentencia favorable en el proceso principal (...)"[36].

El criterio de verosimilitud también es utilizado cuando se concede una medida cautelar y, si analizamos lo que ocurre durante la Audiencia de Conciliación, estamos convencidos de que ambas circunstancias comparten fundamentos para

---

(35) OJEDA AVILÉS, Antonio. Ob. cit., pp. 190 - 191. En el mismo sentido: PASCO COSMÓPOLIS, Mario. Ob. cit., p. 104.

(36) MENDOZA LEGOAS, Luis. *Las medidas cautelares laborales. Su impacto en la solución de las controversias individuales surgidas en las relaciones laborales de naturaleza privada*. Ara, Lima, 2011, p. 129. En el mismo sentido: PRIORI POSADA, Giovanni. "La tutela cautelar en la Nueva Ley Procesal del Trabajo". En: *Primera edición oficial de la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Ley Nº 29497*. Editora Perú, Lima, 2012, p. 381 y LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar*. Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 27.

aplicar dicho criterio. Al respecto, en el caso de las medidas cautelares MONROY señala lo siguiente:

> "Por tratarse de un mecanismo solicitado durante el transcurso del proceso –mientras se lleva a cabo la discusión procesal (Litis)– resulta humanamente imposible que el juez pueda tener certeza de que la medida solicitada garantizará el futuro derecho a ser considerado por la sentencia (contingencia)"(37).

Sumado a lo anterior, el mismo autor refiere que:

> "Sería ilógico pretender colocar a la certeza como el presupuesto de las medidas cautelares, porque es principio que **el juez que ha formado convicción se encuentra obligado a expedir al sentencia respectiva, sin importar la etapa en que el proceso se encuentre, pero eso sí, siempre que haya respetado el principio del contradictorio y otorgado a ambas partes las mismas oportunidades para ejercer la defensa de sus posiciones en el proceso**"(38).

Pues bien, consideramos que el mismo análisis cabe al momento de la aplicación del alguna de las FECP ya que, durante la Audiencia de Conciliación: (i) tan solo se cuenta con el escrito de demanda de modo que, fácticamente, falta verificar el conflicto desde el punto de vista de la parte demandada y (ii) salvo que se trate de una controversia de puro derecho, el juez no podría alcanzar certeza en dicho acto pues violaría el derecho de defensa de la parte demandada.

Así las cosas, y al igual que lo que ocurre cuando se solicita una medida cautelar, durante la Audiencia de Conciliación el juez deberá aplicar un criterio de *verosimilitud* de la fundabilidad de la pretensión con el fin de determinar la validez de alguna FECP. Para ello, cuenta con el escrito de demanda y con máximas de la experiencia que le permitirán, o no, presumir –preliminarmente– la certidumbre o no del derecho reclamado(39).

---

(37) MONROY PALACIOS, Juan José. *Bases para la información de una teoría cautelar.* Comunidad Ediciones, Lima, 2002, p. 170.

(38) Ibídem, p. 174.

(39) A modo de ejemplo, imaginemos el supuesto en que el hornero de una pollería demande el reconocimiento de su relación laboral con el respectivo pago de sus beneficios sociales. En el escrito de demanda presentará sus argumentos y sus respectivos medios de prueba entre los que, imaginemos, se pueda verificar la existencia de una cartilla de asistencia, fotos con el uniforme de la pollería o boletas de pago correlativas. En tal supuesto, consideramos que resulta verosímil considerar que el demandante es el titular del derecho reclamado con lo que se deberá evitar la aplicación de cualquier FECP que pudiera implicar una renuncia. Sin embargo, debemos dejar en claro que ello no quiere decir en modo

De igual manera, se debe tener en consideración que sería posible concluir el proceso mediante una FECP durante cualquier etapa del proceso hasta antes de la notificación de la sentencia con calidad de cosa juzgada. En ese sentido, "es muy importante señalar que el grado de verosimilitud o certeza para el dictado de una medida cautelar [y para la determinación de la validez de una FECP] tendrá en consideración, además, el grado de avance del proceso (...)"[40].

Finalmente, resulta imperativo que el análisis aquí propuesto, sea por el juez en la resolución que pone fin al proceso en aplicación de alguna de las FECP. Lo contrario, violaría el principio a una debida motivación de las resoluciones judiciales lo cual sería gravísimo en estos casos debido a la naturaleza de lo que se discute: una posible violación del principio de irrenunciabilidad de derechos.

4. La impugnación de las FECP que violen el principio de irrenunciabilidad de derechos

Un aspecto que no podía quedar fuera del análisis en el presente trabajo es el referido a la impugnación de las FECP que violen el principio de irrenunciabilidad de derechos. Al respecto, el artículo 121 del Código Procesal Civil (en adelante, CPC) califica como autos a las resoluciones judiciales que pongan fin al proceso mediante alguna FECP.

De tal forma, y conforme al artículo 356 del mismo cuerpo legal, los autos son recurribles a través del recurso apelación. Ahora bien, como todo recurso de impugnación: "(...) pretende un nuevo examen de las cuestiones fácticas o jurídicas resueltas en una resolución no firme que le resulta perjudicial, a fin de que sea modificada o sustituida por otra que le favorezca, o anulada"[41] y, a su vez:

> "Deben plantearse necesariamente dentro del proceso y dentro de los plazos establecidos por la ley. (Un juez no puede tomar decisiones propias de una impugnación cuando la resolución ha sido emitida por otro juez en otro proceso y aquel no es su superior)"[42].

Ahora, la NLPT ha regulado expresamente el plazo de apelación de sentencias; sin embargo, ha omitido regular el plazo de impugnación de los autos

---

alguno que una vez realizados todos los demás actos procesales el Juez pueda llegar a la convicción de la inexistencia de una relación laboral y, por ende, declarar infundada la demanda.

(40) PRIORI POSADA, Giovanni. Ob. cit., p. 382.

(41) MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José. *Tratado de recursos en el proceso civil.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 38.

(42) MORALES GODO, Juan. "La nulidad de los actos procesales y los principios que la regulan". En: *Diálogo con la jurisprudencia*. Año 12, Nº 100, Gaceta Jurídica, Lima, enero de 2007.

definitivos. Por tal motivo, al menos cuando la FECP se produzca durante la Audiencia de Conciliación y/o Juzgamiento, tendríamos que aplicar supletoriamente el artículo 376, numeral 1, del CPC ya que el auto que determina la procedencia de alguna FECP es emitida, justamente, en audiencia.

Sin embargo, creemos que exigir que la apelación se realice en la misma audiencia sería perjudicial ya que se debería identificar –y/o decidir– la apelación de una resolución que convalida una renuncia inválida en la misma situación en que tal renuncia se produjo. Así, consideramos que el plazo, tanto para apelar, como para fundamentar la apelación debería ser de tres días desde la emisión del auto; solo de esa manera se podría contar con una apelación motivada de una segunda revisión del auto que contiene la FECP, ya sea por otro abogado o, al menos, en una circunstancia distinta a aquella en la que se pudo haber producido la renuncia.

Sin perjuicio de lo anterior, sí resulta incuestionable que, fuera del plazo de apelación que se asuma, los autos que ponen fin al proceso mediante alguna de las FECP son inimpugnables por haber adquirido carácter de cosa juzgada. La única *excepción*[43] se encontraría constituida por un eventual proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta; aunque, del tenor literal del artículo 178 del CPC[44], tan solo procederá en las FECP por voluntad concurrente de las partes.

Sin embargo, en aquellos casos no se podrá alegar la violación del principio de irrenunciabilidad de derechos sino que tan solo se podrá alegar fraude o colusión que haya afectado el derecho a un debido proceso cometido por una, o por ambas partes, o por el juez o por este y aquellas. Ello ocurre debido a que no cabe confundirla con:

> "(...) una nueva instancia ni cabe tratar de nuevo en ella las cuestiones debatidas en el pleito en que se dictó la sentencia [o auto] que se impugna. Solo se explica conceptualmente la revisión [o nulidad de cosa juzgada fraudulenta] si se parte de que el demandante de la misma tiene que admitir que la sentencia [o auto] dictada en el proceso anterior era **correcta** (...)"[45] (agregado y resaltado nuestro).

(43) Al respecto, Montero y Flors señalan que "(...) debe recordarse que no estamos ante recursos en sentido estricto (…) es, en realidad, un nuevo proceso en el que se ejercita una pretensión autónoma y distinta de la que se ejercitó en el proceso anterior, basada en hechos que han aparecido fuera del mismo y que no fueron objeto de alegación y decisión en él." MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José. Ob. cit., pp. 1137 -1138.

(44) Según el art. 178 del CPC, solo se puede demandar: "(...) la nulidad de una sentencia o la del acuerdo de las partes homologado por el Juez que pone fin al proceso (...)".

(45) MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José. Ob. cit., pp. 1141-1142.

En suma, la nulidad de cosa juzgada fraudulenta: (i) solo procederá contra las FECP por voluntad concurrente de las partes, (ii) los requisitos de procedencia deben ser interpretados taxativa y restrictivamente y (iii) no cabe alegar una violación del principio de irrenunciabilidad de derechos. En caso contrario, se estaría recurriendo a la nulidad de cosa juzgada fraudulenta a fin de encubrir un recurso de apelación; lo cual debe rechazarse pues:

> "Admitir lo contrario implicaría premiar el descuido o la desidia de la parte dándole una posibilidad adicional de cuestionar una sentencia o una resolución, lo cual violenta el principio de que nadie pueda beneficiarse con su propios errores *nemo propiam turpitudinem allegana auditur*. Esta improcedencia incluso puede declararse in limine, esto es, al momento de la calificación de la demanda si es que el juzgador cuenta con los elementos de prueba suficientes para ello"(46).

5. La celeridad y el nuevo escenario de las FECP

Creemos pertinente concluir el presente punto resaltando que otro aspecto que colabora para superar la desconfianza de las FECP es la celeridad que importa el nuevo proceso regulado por la NLPT. En efecto, no es lo mismo enfrentarse a un proceso largo e infestado de maniobras dilatorias como el regulado por la LPT que ubicarse al interior de un proceso en el que se tiene la seguridad de obtener prontamente una sentencia.

A diferencia del trabajador, "(...) el empleador 'puede esperar', no está presionado por la necesidad de obtener una sentencia en plazos rápidos"(47). De tal forma, en un proceso largo y engorroso cabría presumir –mediante una lógica de la desconfianza– que el acuerdo para el empleador es favorable mientras que para el trabajador es perjudicial(48).

No obstante, y sin que ello implique que se omita el análisis antes propuesto, en un proceso célere se puede presumir que el trabajador no está compelido a renunciar a una parte de sus beneficios para obtener satisfacción. En realidad, en

(46) TOLEDO TORIBIO, Omar. "La nulidad de la cosa juzgada fraudulenta en materia laboral". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 11, Nº 93, Gaceta Jurídica, junio de 2006.

(47) RASO DELGUÉ, Juan. "La protección del trabajo como fundamento de la especificidad del proceso laboral". En: *Primera edición oficial de la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Ley Nº 29497*. Editora Perú, Lima, 2012, p. 218.

(48) En el mismo sentido: OJEDA AVILÉS, Antonio. *Métodos y prácticas en la solución de conflictos laborales. Un estudio internacional*. Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2006, p. 116.

aquellos existen fundadas razones para presumir que cualquiera de las FECP por la que opte el trabajador será favorable.

Así, existe sinergia entre la celeridad del nuevo proceso y las FECP puesto que, estas últimas no solo contribuyen con la primera sino que, a su vez, la celeridad del nuevo proceso se constituye ahora como un factor de negociación favorable al trabajador.

V. DOS CUESTIONES CONTROVERTIDAS: LA LEGITIMACIÓN PROCESAL DE LOS SINDICATOS Y EL PROCESO DE EJECUCIÓN

La NLPT ha previsto supuestos de legitimación extraordinaria del sindicato para efectos que pueda actuar como parte en el proceso. Por otro lado, de conformidad con el artículo 57 de la misma norma, las transacciones y conciliaciones extrajudiciales tienen mérito ejecutivo. Pues bien, ambos supuestos merecen ser analizados; no obstante, y por cuestiones de espacio, nos limitaremos a evidenciar lo que identificamos como cuestiones controvertidas en ambos casos.

Sobre el primer tema, consideramos que los sindicatos podrán poner fin al proceso mediante alguna FECP únicamente cuando sea expresamente autorizado para ello por el trabajador. Así, ni en el supuesto especial de representación previsto en el artículo 8, numeral 3, de la NLPT ni en los supuestos de legitimación extraordinaria previstos en los artículos 8, numeral 2, y 9, numerales 1 y 2, los sindicatos podrán transar o conciliar el derecho en litigio sin la autorización expresa antes señalada.

Ello ocurre por la simple razón de que "(…) quien afirma la titularidad de un derecho subjetivo, aun cuando sea representado por el sindicato, y formula la o las pretensiones ante el órgano jurisdiccional, es el trabajador individualmente considerado"[(49)].

Por otro lado, consideramos que el trabajador se encuentra desprotegido respecto de una eventual violación del principio de irrenunciabilidad de derechos en el caso de que se concilie o se transe extrajudicialmente sobre derechos derivados de normas imperativas. Ello ocurre debido al mérito ejecutivo que les otorga la NLPT.

(49) UGAZ OLIVARES, Mauro y SOLTAU SALAZAR Sebastián. "La legitimación procesal de las organizaciones sindicales en el marco de la Nueva Ley Procesal del Trabajo". En: *Primera edición oficial de la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Ley Nº 29497.* Editora Perú, Lima, 2012, p. 494.

En efecto, en los procesos de ejecución el juez se encuentra obligado a ejecutar el título presentado ante él; salvo que se formule contradicción de conformidad con el artículo 690-D del CPC. Sin embargo, en el caso que nos ocupa el encargado de formular la respectiva contradicción es el empleador.

De tal forma, si el empleador no formula contradicción contra el título ejecutivo, la conciliación o transacción extrajudicial será ejecutada judicialmente y obtendrá carácter de cosa juzgada pues "(...) cuando no se ha interpuesto contradicción, nada hay que resolver, y por eso lo único que contiene [la sentencia del proceso ejecutivo] es un acto de impulso"[50]. Es decir, frente a tal circunstancia el juez se encuentra imposibilitado de cuestionar el acuerdo a ejecutar.

Por lo expuesto, y de conformidad con el artículo 30 de la NLPT, aun cuando el acuerdo viole el principio de irrenunciabilidad de derechos no cabrá una demanda de nulidad del acuerdo. Así, pareciera que la propia norma otorga una fórmula para burlar el principio de irrenunciabilidad; al respecto, y salvo mejor parecer:

a) Se logra un acuerdo conciliatorio o transaccional extrajudicialmente (art. 57 NLPT).

b) Se incumple dicho acuerdo con la finalidad de que sea ejecutado judicialmente (art. 30 NLPT).

c) No se formula contradicción (art. 690-D CPC).

d) Carácter de cosa juzgada (Inimpugnable por el art. 30 NLPT. Además, dada la naturaleza del proceso ejecutivo, el trabajador no podría impugnar porque no se le habría causado agravio).

En consecuencia, desde aquí sugerimos revisar la regulación prevista para los acuerdos conciliatorios y transaccionales llevados a cabo extrajudicialmente. De lo contrario, se asumiría eficaz –entre otras cosas– depositar en el empleador la facultad de denunciar alguna eventual violación del principio de irrenunciabilidad de derechos.

VI. CONCLUSIONES

1. Creemos que resulta indispensable realizar el análisis propuesto en el presente trabajo con el fin de viabilizar, cuando corresponda, la terminación

(50) ARIANO, Eugenia, citada por LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Ob. cit., p. 295.

del proceso mediante una FECP. De lo contrario, la promoción de las FECP propia de las reformas procesales laborales quedará únicamente sobre el texto de la norma.

2. En ese sentido, resulta incuestionable que el principio de irrenunciabilidad de derechos constituye uno de los instrumentos más importantes de la eficacia de los derechos reconocidos al trabajador y de plena aplicación al interior del proceso laboral.

3. A su vez, la naturaleza de los derechos discutidos al interior del proceso laboral exige no solo de un proceso célere sino, además, de la regulación de FECP que permitan poner fin al proceso de forma alternativa a la sentencia. De tal manera, existe sinergia entre las FECP y la celeridad del nuevo proceso pues, así como las FECP contribuyen a la celeridad, esta última contribuye a que el trabajador cuente con el tiempo como un factor de negociación a su favor.

4. Sin embargo, en aquellos procesos en los que se discute un derecho derivado de norma imperativa, se propone desde la relativización del principio de irrenunciabilidad de derechos, resaltando la obligación solucionar el conflicto para alcanzar la paz social, hasta el rechazo absoluto de las FECP con el fin de evitar alguna eventual violación del principio antes señalado.

5. Pues bien, frente a tal escenario, en el presente trabajo hemos intentado demostrar que la tensión existente entre la vigencia del principio de irrenunciabilidad y las FECP puede –y debe– ser superada mediante la delimitación del ámbito de aplicación del primero.

6. Al respecto, consideramos que solo se deberá aplicar el principio de irrenunciabilidad de derechos, y prohibir cuando corresponda la conclusión del proceso mediante alguna FECP, cuando se verifique un derecho cierto. De lo contrario, su aplicación resulta inadmisible ya que, frente a derechos dudosos o inciertos, no se verifica uno de sus principales presupuestos: la titularidad del derecho sobre el cual se produce la renuncia.

7. Ahora, por lo mismo que no es posible exigir que el juez haya alcanzado certeza sino hasta la sentencia, se deberá aplicar un criterio de verosimilitud de la fundabilidad de la pretensión. Así, cuando resulte verosímil la certidumbre de lo reclamado en el proceso, se deberá aplicar el principio

de irrenunciabilidad de derechos; por el contrario, cuando no exista tal verosimilitud, el derecho resulta dudoso y queda fuera de su ámbito de aplicación.

8. Por su parte, mediante el recurso de apelación el trabajador podrá cuestionar aquellos autos que, violando el principio de irrenunciabilidad de derechos, pongan fin al proceso mediante la aplicación de alguna FECP. Fuera del plazo de apelación, la resolución judicial alcanzará carácter de cosa juzgada y será inimpugnable; excepto mediante una demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta (causales taxativas).

9. Finalmente, consideramos que se debe revisar la regulación referida a las conciliaciones y transacciones extrajudiciales pues, actualmente, creemos que son propicias para evadir la aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. *Congreso Internacional de Derecho Procesal del Trabajo. Exposiciones y ponencias*. Cusco, 1997.
- AA.VV. *XVI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.* Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 2006.
- AA.VV. *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro homenaje a Américo Plá Rodríguez.* 2ª ed., SPDTSS, Grijley, Lima, 2009.
- AA.VV. *Primera edición oficial de la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Ley Nº 29497*. Editora Perú, Lima, 2012.
- BAYLOS GRAU, Antonio; CRUZ VILLALÓN, Jesús y FERNÁNDEZ, María Fernanda. *Instituciones de derecho procesal laboral.* Madrid, Trotta, 1991.
- CASTELLO, Alejandro. "Vigencia y alcance del principio de irrenunciabilidad". En: *Derecho & Sociedad Asociación Civil.* Nº 30, Año XIX, Lima, 2008.
- HENOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto. *Formas especiales de conclusión del proceso: conciliación, allanamiento, reconocimiento, transacción, desistimiento, abandono.* 2ª Ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
- HUECK, Alfred y NIPPERDEY, H.C. *Compendio de Derecho del Trabajo,* Traducción de Rodríguez Piñero y De la Villa, Revista de derecho privado, Madrid, 1963.
- LEDESMA NARVÁEZ Marianella. *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar.* Gaceta Jurídica, Lima, 2008.
- MANGARELLI, Cristina. *La transacción en el Derecho del Trabajo*. Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004.

- MENDOZA LEGOAS, Luis. *Las medidas cautelares laborales. Su impacto en la solución de las controversias individuales surgidas en las relaciones laborales de naturaleza privada.* Ara, Lima, 2011.
- MONROY PALACIOS, Juan José. *Bases para la información de una teoría cautelar.* Comunidad Ediciones, Lima, 2002.
- MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José. *Tratado de recursos en el proceso civil.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- MORALES GODO, Juan. "La nulidad de los actos procesales y los principios que la regulan". En: *Diálogo con la Jurisprudencia.* Año 12, Nº 100, Gaceta Jurídica, Lima, enero de 2007.
- MURGAS TORRAZZA, Rolando. "Los principios del derecho procesal del trabajo". En: *Derecho Laboral*. Tomo LII, Nº 234, Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales, abril de 2009.
- NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al derecho del trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009.
- OJEDA AVILÉS, Antonio. *La renuncia de derechos del trabajador*. Instituto de estudios políticos, Madrid, 1971.
- OJEDA AVILÉS, Antonio. *Métodos y prácticas en la solución de conflictos laborales. Un estudio internacional.* Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2006.
- PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "En torno al principio de irrenunciabilidad". En: *Compendio de derecho colectivo del trabajo*. Ius et veritas, Lima, 2010.
- PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. "La solución de los conflictos de trabajo". En: *La solución de conflictos laborales*. Vol. I, México, 1985.
- PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo.* 3ª ed., De Palma, Buenos Aires, 1998.
- TOLEDO TORIBIO, Omar. "La nulidad de la cosa juzgada fraudulenta en materia laboral". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 11, Nº 93, Gaceta Jurídica, Lima, junio de 2006.
- TOYAMA MIYAGUSKU, Jorge. "El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales: normativa, jurisprudencia y realidad". En: *Ius et Veritas*. Año 11, Nº 22, 2001.

DE LA NEGACIÓN A LA NEGOCIACIÓN: DEFINIENDO LA MALA FE

"A mi izquierda tengo una fábrica, id, contad los overoles;

A mi derecha una hacienda, id, contad los azadones

Adelante, una legión de poetas combatientes, id, contad los lapiceros

¿Comprenderéis ahora cuál es la fuerza que levanta en andamios la primavera?"

Juan Gonzalo Rose

Marilú del Pilar Mertzhal Shigyo

I. INTRODUCCIÓN

En el presente artículo se intentará establecer los parámetros y criterios objetivos mediante los cuales podamos determinar cuándo una conducta constituye un acto de mala fe en la negociación colectiva. ¿La relevancia de la materia? El impacto que tiene en las formas de solución de controversias entre sindicatos y empleadores así como en la negociación colectiva en nuestro país.

Así, si bien tenemos una novedosa regulación sobre la mala fe, no contamos con criterios, parámetros o límites que puedan ayudarnos a analizar las conductas o actos de las partes para poder determinar con cierta objetividad, seguridad jurídica y predictibilidad los "actos de mala fe en la negociación colectiva".

La evolución en nuestro país parte de un desarrollo jurisprudencial que termina en una regulación normativa, que si bien establece supuestos de mala fe en la negociación colectiva, también admite que cada comportamiento, de ser invocado por una de las partes como actos de mala fe, esté sujeto a análisis para su comprobación. ¿La consecuencia? Llevar a la otra parte al arbitraje potestativo como método de solución de controversias en sustitución a la negociación colectiva entre las partes.

Consideramos que el Perú adolece de limitaciones y características particulares que vienen acompañadas de una baja tasa de sindicación y una serie de impedimentos legales, sociales y políticos para promover la negociación colectiva. Una regulación que aún está en etapa de reconocimiento, todavía incipiente y genérica, eventualmente deriva en interpretaciones amplias y a veces ambiguas sobre la actuación de las partes. Mediante la presente investigación, basada en nuestra regulación así como buscando criterios en el Derecho Comparado, pretendemos aportar criterios y parámetros a tomar en cuenta al momento de analizar los actos de mala en la negociación colectiva. Así, planteamos propuestas que pueden ser de utilidad al momento de declarar la procedencia (o no) del arbitraje potestativo invocando la mala fe como causal. Este análisis tiene como objetivo contribuir al debate sobre esta novedosa institución en el país, la mala fe en la negociación colectiva.

II. RELEVANCIA Y CONTROVERSIA

1. ¿Dónde queda la negociación colectiva?

Lo que impulsa la presente investigación es el análisis de los parámetros y criterios que sirven de base y apoyo al momento de analizar un acto o conducta de alguna de las partes en el marco de una negociación colectiva. Ello es relevante, dado que la calificación inicial de los comportamientos de las partes como actos o no de mala fe, determinará la solución de la controversia: que continúe la negociación colectiva o que se resuelva mediante el arbitraje potestativo.

Creemos importante partir del problema y entenderlo un poco más a profundidad. ¿Qué se entiende por arbitraje? Entendemos que el arbitraje es un medio de solución de controversias mediante el cual un tercero resuelve el conflicto. Estamos de acuerdo en que en controversias de derecho, su pronunciamiento tiene efectos de sentencia judicial y en los de intereses (económicos) reemplaza la negociación y el acuerdo entre partes para emitir un laudo que implanta una solución que estima adecuada"[1].

(1) ARESE, César. *Derecho de los conflictos colectivos de trabajo*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2011, p. 229.

Ahora bien, en el arbitraje potestativo el producto no es un Convenio Colectivo (como en el caso de una negociación colectiva) sino es un Laudo Arbitral. Este acoge una de las propuestas de las partes y tiene la naturaleza de Convenio Colectivo, reemplazándolo por el periodo que correspondiera. Los laudos arbitrales poseen una naturaleza diferente, a un fallo judicial por ejemplo. Por ello, resulta sumamente importante analizar ciertas características que tienen los laudos, que nos permiten ahondar mejor en las principales consecuencias de la falta de parámetros para poder definir los actos de mala fe.

Así las cosas, existen ciertas características que saltan a la vista que hacen que el contenido de un laudo tenga un impacto muy significativo en la solución del conflicto para ambas partes. Dentro de las principales características generales del laudo resaltamos las siguientes[2]:

- Tiene carácter vinculante.
- En su mayoría de casos recoge una de las propuestas de las partes sin atenuarla.
- No necesariamente resuelve el fondo del conflicto.
- Carece de contenido económico[3].

Por lo tanto, estos factores llaman a la reflexión al momento de analizar o no la procedencia de un arbitraje, en vista de que traen consecuencias como, por ejemplo, no analizar el fondo del conflicto y no tomar en cuenta muchas veces los factores económicos de la controversia o las valoraciones o preferencias personales que tienen las partes.

Queremos detenernos en uno de los factores más importantes a tomar en cuenta en una negociación colectiva: el factor económico. Así, los arbitrajes laborales no solo resuelven en base a un conflicto estrictamente jurídico, sino que tiene muchos matices, uno de los cuales (a nuestro criterio tiene vital relevancia) es el conflicto económico. Toda vez que en un arbitraje laboral se acoge en su totalidad una de las propuestas de las partes, la condición económica y los pedidos de las partes tienen que analizarse con el mayor cuidado posible para apreciar todos los aspectos involucrados en la negociación entre las partes.

---

(2) CHÁVEZ NÚÑEZ, Frida. "Modificaciones a la Ley de Relaciones Colectivas del Trabajo". En: *Soluciones Laborales*. Nº 46, Gaceta Jurídica, Lima, octubre de 2011, pp. 89-90.

(3) Al respecto, un sector de la doctrina, como la autora antes citada, considera que los laudos carecen de contenido económico y se trata de arbitrajes de equidad. Sin embargo, otro sector contempla que el factor económico es vital al momento de emitir un laudo, y deviene en uno de los aspectos determinantes a analizar al momento de acoger una de las propuestas de las partes.

Consideramos acertado citar a Sanguineti Raymond quien hace una clara distinción sobre los tipos de conflictos que se pueden encontrar en la negociación colectiva. Así, señala que "los conflictos jurídicos son aquellos que versan sobre la aplicación o interpretación conforme a derecho de las normas laborales y convenios colectivos vigentes. En cambio, los económicos carecen de toda base jurídica, ya que tienen su origen en la pretensión de una de las partes –normalmente la social– de obtener un beneficio del que carece o conseguir la mejora de uno existente. (…) **Mientras los jurídicos pueden ser resueltos judicialmente a falta de acuerdo al tener su fundamento en el derecho positivo, para los económicos el único cauce de pacificación está representado por el acuerdo entre partes**"[4] (el resaltado es nuestro).

Por lo tanto, el factor económico cobra vital importancia en la negociación colectiva, no solo por su papel en los temas a tratar por ambas partes, sino también por el conocimiento a profundidad que solo pueden tener las partes al respecto. Consideramos que es un hecho que nadie mejor que las propias partes pueden conocer la naturaleza de los conflictos y puntos a discutir en el marco de una negociación colectiva, así como llegar a la solución más óptima.

Estamos de acuerdo a lo señalado por Villavicencio Rios, quien considera que "el arbitraje potestativo es un instrumento para destrabar determinadas circunstancias que impiden un desenvolvimiento eficaz de la negociación colectiva"[5]. Sin embargo, deben existir ciertos parámetros y lineamientos que sirvan de criterios con cierto contenido objetivo, para poder definir con mayor objetividad y la menor arbitrariedad los actos que deberían ser considerados mala fe en la negociación colectiva.

2. Autocomposición versus heterocomposición

Consideramos necesario analizar brevemente los supuestos de solución de conflictos laborales y ubicar los supuestos estudiados en el presente artículo en dicha clasificación. El cuadro a continuación resume las diferentes formas de tutela para la solución de conflictos jurídicos, así como breves definiciones acompañadas de las principales manifestaciones de las mismas[6].

---

(4) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. "La mediación de los conflictos colectivos del trabajo". En: N. González-Cuéllar, A. Sanz Hermida y J. C. Ortiz Pradillo. *Mediación: un método de solución de conflictos*. Editorial Colex, Madrid, 2010, p. 16.

(5) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. "Arbitraje potestativo y otros temas de derecho colectivo del trabajo". En: *Soluciones Laborales.* Nº 48, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2011, p. 60.

(6) Cuadro de elaboración propia basado en los conceptos de ERMIDA URIARTE, Oscar. "Algunas

TIPO DE TUTELA	AUTOTUTELA	AUTOCOMPOSICIÓN	HETEROCOMPOSICIÓN
Naturaleza	Voluntaria	Voluntaria	No voluntaria o coactiva
Definición	La tutela se produce por la protección que una de las partes hace por sí misma	La solución supone la participación de las partes sociales, en conjunto	La solución es impuesta a las partes por uno o más terceros
Manifestaciones	Huelga	Negociación colectiva	Arbitraje obligatorio, decisión judicial

De lo antes expuesto, creemos pertinente analizar los beneficios de los mecanismos de autocomposición, frente a los de heterocomposición. Por un lado, la autocomposición tiene múltiples ventajas por su naturaleza voluntaria. Queremos resaltar tres ventajas significativas que poseen los mecanismos de solución de conflictos laborales autocompositivos, frente a los heterocompositivos, tal como han sido definidas por Hernández Vigueras(7).

La primera ventaja señalada por el autor, es que como estos procesos voluntarios responden a evidentes propósitos pacificadores, al incluir procedimientos para dirimir los conflictos junto a obligaciones de paz o compromisos de renuncia o limitación de la acción directa.

En segundo lugar, se menciona que, siendo creación de los mismos agentes sociales, los procedimientos pactados gozan de flexibilidad para acomodarse a las circunstancias peculiares de cada situación o sector productivo y a la experiencia acumulada en su aplicación.

Finalmente, resalta que la concertación por los agentes negociadores de procedimientos propios de solución de conflictos laborales introduce un elemento democratizador adicional en el sistema de relaciones laborales. Es una expresión del poder negociador de los agentes sociales que asumen como propia la dimensión conflictual de sus relaciones, regulando su expresión y su dinámica.

De esta manera, consideramos que es importante fomentar entre las partes las formas autocompositivas de tutela frente a las heterocompositivas. Es decir, siempre se debe buscar que las partes traten ellas mismas de dar solución a sus conflictos y que, únicamente en el caso que no sea posible ello, deberá existir una intervención de un tercero quien será quien dirima el conflicto (heterocomposición).

---

reflexiones sobre los conflictos laborales, el arbitraje y la justicia del trabajo". En: *Anales del Foro.* Nº 43-44, Montevideo, 1982, pp. 20-23.

(7) HERNÁNDEZ VIGUERAS, Juan. "Negociación colectiva y resolución de conflictos de trabajo". En: *La solución de los conflictos en el sistema de relaciones laborales*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992, pp. 91-92.

En definitiva, concordamos con Neves Mujica, quien señala que "siempre será mejor una sentencia que resuelva ella misma un conflicto jurídico, que otra que lo derive a la decisión de un tercero"[8].

III. EVOLUCIÓN DE LA MALA FE EN NUESTRO ORDENAMIENTO

1. Regulación en el ordenamiento peruano: nuestro bloque de constitucionalidad

Nuestro punto de inicio de análisis será la regulación que tiene la mala fe y la negociación colectiva en nuestro ordenamiento a partir de la Constitución y los instrumentos internacionales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ambas fuentes del derecho parte de nuestro bloque de constitucionalidad, siendo fuentes principales y vitales para el Derecho del Trabajo.

1.1. La Constitución de 1993

La misma Constitución se constituye como fuente del Derecho del Trabajo, estableciendo el catálogo de derechos laborales consagrados como fundamentos básicos del ordenamiento jurídico y los alcances de estos[9]. De ella, queremos resaltar el artículo 28 que protege los derechos que forman a su vez parte de la libertad sindical, el cual señala lo siguiente:

> "Artículo 28.
>
> El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:
>
> 1. Garantiza la libertad sindical.
>
> 2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.
>
> La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.
>
> 3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones".

(8) NEVES MUJICA, Javier. "La determinación del nivel negocial en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre los entibadores portuarios". En: *Ius et Veritas*. Nº 40, julio de 2010, p. 138.

(9) VIDAL SALZAR, Michael. "La constitución, su contenido laboral y la delimitación del mismo mediante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En: AA.VV. *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Libro homenaje a Javier Neves Mujica*. Lima, Grijley, 2009, p. 79.

Nuestra carta magna reconoce así los derechos que conforman la libertad sindical y a su vez desarrolla cual es rol que debe asumir el Estado para poder promover de manera adecuada los derechos que componen la libertad sindical. Así, el inciso 2 es parte de nuestro análisis en la medida que señala como deber del Estado el fomento a la negociación colectiva y a su vez, la promoción de formas de solución pacífica de los conflictos laborales.

1.2. La Organización Internacional del Trabajo

Adicionalmente a la Constitución, debemos sumar los Convenios de la OIT, siendo que tienen nivel constitucional y también nos brindan una regulación sobre la negociación colectiva. Al respecto queremos brevemente señalar dos de ellos: en primer lugar el Convenio Nº 98, Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva de 1949, ratificado por el Perú en 1964.

Además, aunque no ha sido ratificado por nuestro país, es importante mencionar el Convenio Nº 154, toda vez que señala ciertas obligaciones que debe tener el Estado para proteger y fomentar el derecho a la negociación colectiva(10).

En tercer lugar, y vinculado con la materia de análisis del presente artículo, la OIT y doctrina internacional han consagrado tres principios rectores para la negociación colectiva(11):

(i) El principio de negociación libre y voluntaria

(ii) La libertad para decidir el nivel de la negociación

(iii) El principio de la buena fe

---

(10) Convenio 154 de la OIT: Artículo 5:

"1. Se deberán adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para fomentar la negociación colectiva.

2. Las medidas a que se refiere el párrafo 1 de este artículo deberán tener por objeto que:

(a) la negociación colectiva sea posibilitada a todos los empleadores y a todas las categorías de trabajadores de las ramas de actividad a que se aplique el presente Convenio;

(b) la negociación colectiva sea progresivamente extendida a todas las materias a que se refieren los apartados a), b) y c) del artículo 2 del presente Convenio;

(c) sea fomentado el establecimiento de reglas de procedimiento convenidas entre las organizaciones de los empleadores y las organizaciones de los trabajadores;

(d) la negociación colectiva no resulte obstaculizada por la inexistencia de reglas que rijan su desarrollo o la insuficiencia o el carácter impropio de tales reglas;

(e) los órganos y procedimientos de solución de los conflictos laborales estén concebidos de tal manera que contribuyan a fomentar la negociación colectiva".

(11) GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto y GUIDO, Horacio. "La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT". En: *Revista Internacional del Trabajo*. Vol. 119, pp. 37-59.

Nos detendremos en el tercer principio: el de la buena fe en la negociación colectiva. En términos prácticos se entiende como buena fe en el marco de una negociación colectiva la actitud y el comportamiento que tengan las partes de querer llegar a un acuerdo, siendo honestas con la otra, el ánimo y el espíritu de cooperación que tengan para arribar a una solución en conjunto (con independencia de que lo logren o no).

La buena fe como principio rector de la negociación colectiva, ha sido reconocido recurridas veces por la OIT que considera que: "La negociación colectiva solo puede ser eficaz si ambas partes la llevan a cabo en un espíritu de buena fe. Si bien el marco legislativo puede alentar a los empleadores y los sindicatos a negociar de buena fe, en último término es el compromiso de las partes a negociar de buena fe lo que asegura el desarrollo armonioso de las relaciones laborales. La negociación de buena fe implica que ambas partes desplieguen esfuerzos auténticos y persistentes para alcanzar un acuerdo, que las negociaciones sean constructivas, que se eviten las demoras injustificadas y que las condiciones del acuerdo se respeten y se cumplan"[(12)].

Como bien señala la OIT, existe un deber de ambas partes de cooperar mutua y recíprocamente en la negociación, y de realizar los esfuerzos que estén a su alcance para llegar a un acuerdo. Es importante mencionar que ambas partes son las llamadas a negociar de buena fe y a tratar en la medida de sus posibilidades, de llegar a un acuerdo que concilie de la mejor manera posible los intereses y posiciones de ambas partes.

2. Antecedente del TC: sentencia de trabajadores portuarios

La sentencia del Tribunal Constitucional de trabajadores portuarios es el punto de partida de nuestro análisis. Ello en vista de que esta sentencia establece un antecedente de lo que significa la mala fe en la negociación colectiva. Siendo que el análisis realizado por el TC así como las consecuencias de esta sentencia no son objeto del presente artículo, no trataremos al detalle los criterios ni la posición del TC. Sin embargo, sí consideramos importante resumir brevemente lo que concluyó el TC en dicha sentencia, en vista de que analiza el comportamiento concreto de las empresas llegando a concluir que ciertas conductas afectan el derecho de negociación colectiva.

(12) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Promoción de la negociación colectiva. Convenio Número 154*. OIT, Ginebra, 2011, p. 9.

De esta manera, la sentencia recaída en el Exp. Nº 03561-2009-PA/TC es producto de la demanda de amparo que interpuso el Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios contra tres asociaciones de empleadores portuarios: la Asociación Peruana de Operadores Portuarios (Asppor), la Asociación Peruana de Agentes Marítimos (APAM) y la Asociación Marítima del Perú (Asmarpe). El sindicato alegaba la vulneración de su derecho a la negociación colectiva ante la negativa de las asociaciones a negociar por rama de actividad. Finalmente, el TC declaró fundada la demanda al considerar que las empresas habían actuado de mala fe durante la negociación.

El TC llegó a la conclusión de que las empresas habían abusado de su libertad de negociar, pues, actuando de mala fe, inasistieron injustificadamente a la gran mayoría de reuniones convocadas por las autoridades laborales para negociar el pliego de reclamos presentado por el sindicato demandante(13). En esta primera aproximación el TC califica la conducta de las empresas como obstáculo que buscaba impedir que se lleve a cabo la negociación colectiva, contraviniendo el principio de negociar de buena fe(14).

Adicionalmente, resulta pertinente mencionar que aparte del control difuso que realiza el TC en la sentencia respecto de un artículo del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas(15), señala el supremo intérprete de la Constitución en su último fundamento lo siguiente: "No obstante, y ante la inconstitucionalidad generada, este Tribunal considera pertinente precisar que a falta de acuerdo para decidir el nivel de negociación este de determinará mediante el arbitraje(16), sin que exista previa declaración de huelga"(17).

¿Cuáles son las consecuencias? Son diversas, y por lo tanto, afectan diferentes aristas del derecho a la negociación colectiva, y cambió los mecanismos para resolver conflictos y la forma de negociar colectivamente. El TC en esta sentencia deja abierta una puerta para comenzar a analizar las conductas del empleador,

(13) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Exp. Nº 03561-2009-PA/TC, f. j. 23. Lima, 17 de agosto de 2009.

(14) Ibídem, f. j. 25.

(15) Ibídem, f. j. 28, señala lo siguiente: "Al respecto, este Tribunal considera oportuno precisar que parte del sentido normativo del primer párrafo del artículo 45 del Decreto Supremo Nº 010-2003-TR resulta materialmente inconstitucional, en la medida que señala que: "A falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa".

(16) En posteriores resoluciones aclaratorias emitidas por el TC en marzo y junio de 2010 respectivamente, este ratifica que el arbitraje al que se refiere en la sentencia Exp. Nº 03561-2009-PA/TC, corresponde al arbitraje potestativo. Aunque resulta muy atrayente analizar el razonamiento del TC, solo es materia del presente artículo las incidencias que tiene el fallo respecto a la mala fe y las implicancias en la procedencia (o no) del arbitraje potestativo.

(17) STC Exp. Nº 03561-2009-PA/TC, f. j. 29.

puerta que a su vez conlleva a la "imposición" de un modelo de solución de conflictos laborales que cambia la negociación colectiva en el Perú. Así las cosas, estamos de acuerdo con Neves Mujica quien señala al respecto que el TC ha expedido una sentencia que "en vez de solucionar directamente el conflicto jurídico (...) ha optado por una solución diferida y compleja: un arbitraje excluyente del ejercicio de la huelga"[18].

3. Regulación de los criterios de mala fe negocial

Como consecuencia de la sentencia de portuarios antes comentada, es que en setiembre de 2011 se publica el Decreto Supremo Nº 014-2011-TR, que incorpora un nuevo acápite al artículo 61 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas del Trabajo. En este artículo se establecen dos supuestos en los cuales, las partes tienen la posibilidad de solucionar sus conflictos llevando a la otra parte a arbitraje. De los dos supuestos, es el literal l b) el que será materia de análisis, puesto que faculta a las partes a llevar a arbitraje potestativo el conflicto cuando se demuestren actos de mala fe durante la negociación. Así, el artículo en cuestión señala lo siguiente:

> Artículo 61-A: Las partes tienen la facultad de interponer arbitraje potestativo en los siguientes supuestos:
>
> (…) b) Cuando **durante la negociación del pliego se adviertan actos de mala fe que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo** (el resultado es nuestro).

Hasta este punto de nuestro análisis, el legislador parece estar en el camino correcto. A partir de la sentencia de trabajadores portuarios, se revalora más un tema medular a tomar en consideración en la negociación colectiva: la conducta de las partes. Así, estamos de acuerdo en que con esta normativa, el legislador pretende hacer prevalecer el derecho constitucional a la negociación en su integralidad[19].

El artículo 61-A representa una primera aproximación a la sentencia de portuarios del TC, al legislar la necesidad de evaluar las conductas y comportamientos de las partes en la negociación colectiva. La buena fe como principio en la negociación colectiva, se encuentra presente en la regulación laboral, siendo tema recurrente en derecho comparado y en legislación y doctrina internacional. Ahora

(18) NEVES MUJICA, Javier. Ob. cit., p. 138.

(19) CHÁVEZ NÚÑEZ, Frida. Ob. cit., p. 89.

bien, las conductas a analizar deben siempre apreciarse en el marco de una negociación colectiva, puesto que solo así podrá evaluarse también que las conductas tengan el objetivo de afectar la negociación colectiva, ya sea cuando busquen dilatar, entorpecer o evitar que se llegue a un acuerdo, punto que retomaremos a lo largo del presente artículo.

La negociación colectiva es un proceso complejo y por ello se puede predecir que será necesaria un desarrollo jurisprudencial arbitral sobre los actos de mala fe a futuro. Dado que, mediante esta modificación normativa se faculta a cualquiera de las partes a activar el arbitraje como mecanismo de solución de controversias, resulta evidente comenzar a esbozar criterios a emplearse en el análisis de las conductas en cuestión. En otras palabras, ¿bajo qué supuestos puede una de las partes invocar mala fe?, ¿cuáles deben ser conductas que ameriten que el conflicto se resuelva por un tercero y no por las partes mismas?

IV. ¿CÓMO SE ESTÁ RESOLVIENDO EN LOS LAUDOS ARBITRALES? ANÁLISIS CASUÍSTICO DE LOS SUPUESTOS DE MALA FE

1. ¿Cuáles son los supuestos de mala fe negocial?

No podemos dejar de mencionar la Resolución Ministerial Nº 284-2011-TR, publicada el 24 de setiembre de 2011, mediante la cual nuestro legislador opta por regular y complementar las disposiciones del arbitraje en materia de relaciones colectivas. En dicha resolución, nuestro legislador ha optado por describir una serie de conductas (siendo una lista abierta, y no de carácter taxativo). Existen diversos actos, conductas y actitudes que puede tener cualquiera de las partes que serán considerados actos de mala fe, lo que conllevará a que se resuelva la controversia mediante el arbitraje potestativo. Algunos ejemplos típicos son los supuestos en donde una de las partes se niega a sentarse a negociar, no quiere revelar información en los plazos pactados, ejerce algún tipo de presión para cambiar algún represente de la comisión negociadora respectiva, etc.

Ahora bien, materia de análisis es el último párrafo de la resolución en cuestión, puesto que el legislador ha optado por no hacer que esta lista sea taxativa, sino que, por el contrario, se encuentre abierta a nuevos supuestos que puedan configurar la mala fe. Así, el último párrafo prescribe lo siguiente:

> "Los Actos de mala fe enunciados en los literales no constituyen una lista taxativa.

> La valoración de los supuestos de procedencia del arbitraje potestativo establecidos en el artículo 61-A del Decreto Supremo Nº 011-92-TR, **es realizada por el Tribunal Arbitral en el proceso arbitral y está sujeta para su comprobación a criterios de razonabilidad y proporcionalidad considerando el contexto en el que se producen, el marco de la negociación colectiva y los comportamientos precedentes** de las partes en anteriores procesos negociables" (el resaltado es nuestro).

2. ¿Cómo se está valorando los parámetros: razonabilidad y proporcionalidad?

De acuerdo a lo señalado por la resolución antes descrita, nos parece relevante precisar qué es exactamente lo que se entiende por estos principios de razonabilidad y proporcionalidad. Esto puede ser mejor comprendido a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Exp. Nº 0090-2004-AA/TC, la cual determina, sobre la razonabilidad que: "La razonabilidad implica que el acto estatal debe mantener su justificación lógica y axiológica en los sucesos o circunstancias que fueran. Así, la doctrina exige que se produzca una consonancia entre el hecho antecedente 'creador' o 'motivador' del acto estatal y el hecho consecuente derivado de aquel"[20].

La razonabilidad, entonces, se refiere a que el acto cometido debe acreditar una necesaria correspondencia entre la causa que lo origina y el efecto buscado. Según el Tribunal: "existe la necesidad de acreditar coherencia y equilibrio entre el antecedente que origina el acto estatal y la consecuencia derivada de aquel (...) esto es, que se justifique la asignación de derechos, facultades, deberes o sanciones, si y solo sí guardan armonía y sindéresis con los hechos, sucesos o circunstancias predeterminantes"[21].

También se encuentra este criterio íntimamente vinculado con la interdicción de la arbitrariedad, toda vez que la verificación sobre la procedencia del arbitraje debe limitarse a analizar actos que tengan una relación o se enmarquen dentro de la negociación colectiva. En este sentido, la razonabilidad es un criterio íntimamente vinculado a la justicia y está en la esencia misma del Estado Constitucional de Derecho. Así, se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias[22].

---

(20) Sentencia recaída sobre el Exp. Nº 0090-2004-AA/TC, 5 de julio de 2004, f. j. 35.

(21) Ibídem, f. j. 35.

(22) STC Exp. Nº 03167-2010-PA/TC, del 18 de marzo de 2011, f. j. 11.

Por otro lado, nuestro intérprete supremo, en cuanto a la proporcionalidad, se manifiesta de la siguiente manera: "La proporcionalidad exige la existencia indubitable de una conexión directa, indirecta y relacional entre causa y efecto; vale decir, que la consecuencia jurídica establecida sea unívocamente previsible y justificable a partir del hecho ocasionante del acto estatal. En consecuencia, la proporcionalidad lo será cuando la razón del efecto sea deducible de la causa, o previsible a partir de ella"[23].

Marcial Rubio nos señala, respecto a este concepto, que: "El Tribunal da una definición de proporcionalidad que, propiamente hablando, es la que hemos citado antes para la razonabilidad: una conexión entre causa y efecto, justificada cuando 'la razón del efecto sea deducible de la causa, o previsible a partir de ella'"[24].

De todo lo antes expuesto resulta vital describir el acto o conducta atribuido como de mala fe en la negociación colectiva. Creemos en un análisis de índole más objetivo que subjetivo, por lo que consideramos razonable y proporcional no analizar cada acto o conducta en base a la supuesta "intencionalidad de la parte", puesto que ello casi siempre no es claro, sino que es confuso y difícil de determinar. Por el contrario, resulta de acuerdo con lo antes expuesto considerar que las conductas de las partes deben tener algún efecto palpable y tangible en la realidad. Es decir, que la acción tenga un correlato en la realidad, y que ello evidencie que una de las partes está impidiendo la continuación normal de la negociación colectiva y que esté dificultando que se materialice el acuerdo entre ambas partes de alguna manera.

3. Objetivo de los actos de mala fe: en el marco de una negociación colectiva

A la luz del marco normativo antes expuesto aterrizamos el análisis en delimitar al ámbito en el que se deberán apreciar las conductas de las partes. No se debe perder de vista en ningún momento, que el análisis debe realizarse sobre conductas y comportamientos concretos, y deben responder a manifestaciones de voluntad que se enmarquen siempre en una negociación colectiva.

Por lo tanto, nos parece relevante destacar lo señalado por el TC, al considerar que se puede afectar el derecho a la negociación colectiva cuando el empleador ejecuta acciones que revelen una manifiesta mala fe que impida el normal

(23) STC Exp. Nº 0090-2004-AA/TC, f. j. 35.

(24) RUBIO CORREA, Marcial. *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005, p. 258.

desarrollo de la negociación, o que realice cualquier práctica arbitraria o abusiva con el objeto de dificultar o hacer imposible la negociación colectiva(25).

En nuestra jurisprudencia podemos encontrar aproximaciones a los actos de mala fe dentro de la negociación colectiva. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional, en el voto del magistrado Urviola Hani de la sentencia recaída sobre el Expediente Nº 02287-2009-PA/TC, sobre la negociación colectiva entre el Sindicato Unificado de los Trabajadores de Petróleo, Energía, Derivados y Afines de la Región Grau contra las Empresas GMP S.A. Graña y Montero Petrolera S.A. Planta de Gas Talara determina que: "Durante el desarrollo del procedimiento de negociación colectiva de 2007, la Sociedad emplazada no ha actuado conforme al principio de buena fe, pues sus acciones evidencian que **ha buscado impedir, dificultar y hacer imposible la realización del procedimiento de negociación colectiva,** ya que los argumentos esgrimidos por la Sociedad emplazada buscan tergiversar la finalidad del procedimiento"(26) (el resultado es nuestro).

Del acápite antes expuesto, resulta vital que exista una conexión entre los actos y conductas de las partes, con las consecuencias que se generan, en este caso, que se solucione el conflicto mediante el arbitraje. En concreto consideramos que un primer paso es que las conductas y comportamientos deben ser analizados en el marco de una negociación colectiva. Es decir, que no se pueden interpretar conductas que no tienen una vinculación ni relación con la negociación colectiva en cuestión. Por lo tanto, no se puede realizar una interpretación arbitraria ni aleatoria de *cualquier conducta* que tenga alguna de las partes.

Coincidimos con Zavala y Vílchez cuando señalan que resulta necesario iniciar y conducir adecuadamente la negociación colectiva dentro de los cauces de la buena fe y el entendimiento, con el objetivo de llegar a un acuerdo que permita construir confianza entre ambas partes, reduciendo la natural brecha existente entre ellas(27).

El Comité de Libertad Sindical (CLS) de la OIT, ya ha señalado que es importante que ambas partes hagan todo lo posible por llegar a un acuerdo, lo que supone que tanto el sindicato como el empleador eviten todo retraso injustificado en el desarrollo de las negociaciones. También se resalta que si bien la actitud

(25) STC Exp. Nº 03561-2009-PA/TC, f. j. 22, incisos d. y f.

(26) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Exp. Nº 02287-2009-PA/TC, voto del magistrado Urviola Hani. Lima, 3 de mayo de 2012.

(27) ZAVALA COSTA, Jaime, VÍLCHEZ GARCÉS, Lidia. "¿Es tan peligroso proporcionar información empresarial en el marco de la negociación colectiva?". En: *Análisis Laboral*. Abril de 2011, p. 13.

conciliadora o intransigente adoptada por una de las partes frente a las reivindicaciones de la otra es materia de negociación entre las partes, ambas partes deben negociar de buena fe[28].

En definitiva, no basta la mera alegación de un supuesto de mala fe negocial. Es necesario apreciar cómo las acciones u omisiones de una de las partes afectó o dificultó el cauce ordinario y normal de la negociación colectiva. Los criterios de razonabilidad y proporcionalidad deben servir como instrumentos para analizar si los hechos u omisiones alegados califican como mala fe negocial.

V. SUPUESTOS Y CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LA MALA FE NEGOCIAL

1. Supuestos de mala fe reconocidos en los procesos arbitrales

Si bien en nuestro ordenamiento existe una lista abierta de actos y conductas que constituyen actos de mala fe en la negociación colectiva no siempre la valoración de los actos puede ser clara, ni se puede determinar fácilmente si estamos o no ante un acto de mala fe.

Hemos revisado los laudos arbitrales que se han venido emitiendo desde la implementación del arbitraje potestativo, esto es las distintas conductas que han sido calificadas como actos de mala fe declarando la procedencia del arbitraje potestativo. Vale resaltar que no en todos los casos se hace el análisis de procedencia respectivo, ya que no toda acción o conducta de una las partes puede calificarse de facto como mala fe negocial. Describiremos no solamente los supuestos de mala fe que se recogen en la lista de la Resolución Ministerial sino también aquellos que, sin calzar en los supuestos taxativos determinados, han sido considerados como actos de mala fe.

La lista que seguidamente presentamos recoge solamente los arbitrajes potestativos de mala fe que se han emitido en el año de vigencia del sistema de arbitraje potestativo, y sobre los cuales hemos tenido acceso (no detallamos los arbitrajes potestativos calificados como tales por ser la primera negociación colectiva). Dada la naturaleza privada de los procesos arbitrales, nos limitaremos a describir las conductas analizadas en los laudos arbitrales.

(28) Organización Internacional del Trabajo. *La negociación colectiva. Normas de la OIT y principios de los órganos de control*. OIT, Ginebra, 2000, pp. 33-34.

CONDUCTA	COMENTARIOS/ ANÁLISIS DE LA CONDUCTA
Errores en las boletas de remuneraciones	Este hecho no puede constituir un acto de mala fe en la medida que es poco probable que se pueda establecer un nexo entre esta conducta y la imposibilidad de continuar la negociación.
Demora o falta de entrega de información	Tanto la demora en la entrega de información económica al Ministerio de Trabajo como al sindicato son los supuestos más usuales para que se establezca el arbitraje por mala fe.
Impedimento de participación de asesor	La falta de participación de asesores del sindicato o la ubicación del mismo fuera de la mesa de negociación, es un acto de mala fe.
Retraso en el pago de algún beneficio social a trabajadores sindicalizados	El análisis debe ser minucioso, en la medida que no se deben confundir actos antisindicales con actos de mala fe negocial.
Ausencia de respuesta por alguna de las partes a un pedido de información	Se debería analizar la causalidad y nexo entre la falta de respuesta y la negociación colectiva. Si la falta de información brindada a un dirigente sindical afecta la negociación colectiva o impide que se continúe el trato directo, es un acto de mala fe.
La suspensión de pago de viáticos acordados para la negociación	Debe tomarse en cuenta que este tipo de beneficio comprende únicamente a los dirigentes de la comisión negociadora, y solo por el periodo que dure la negociación.
Estrategia de negociación colectiva	La estrategia para manejar una negociación colectiva no es un supuesto de mala fe negocial.
Grabación de las reuniones de negociación	La filmación secreta de las reuniones entre las partes representa una afectación a la buena fe negocial.
La negativa del empleador a negociar con el Sindicato alegando que existen convenios colectivos individuales	Es admisible considerar este acto como mala fe, toda vez que si existiría una intención y una materialización del impedimento de negociar, en la negativa del empleador de sentarse a negociar. Además, un convenio individual dificilmente podría reemplazar la naturaleza de un convenio colectivo.
No otorgamiento de licencias sindicales	Se debería tomar en cuenta que el otorgamiento de licencias en el marco de una negociación colectiva debería ser para los miembros de la comisión negociadora, y no para cualquier miembro del sindicato que lo solicite.
Que una de las partes condicione el arbitraje a la previa realización de reuniones de trato directo previamente convocadas	No se podría considerar válido ningún tipo de condicionamiento al desarrollo normal de la negociación colectiva. Así se condicionen las reuniones de trato directo, se debe analizar en conjunto esta conducta con el condicionamiento a la negociación, y no de manera aislada.
Ofrecer incrementos mínimos o irrisorios de remuneraciones y/o beneficios	Se debe realizar un análisis de la situación económica real del empleador y sus posibilidades sobre los aumentos que solicita el sindicato. La mera alegación de incrementos irrisorios no representa en sí misma una mala fe negocial.
El transcurso de la negociación colectiva sin que se haya llegado a un acuerdo	Se deben aplicar los parámetros de proporcionalidad y razonabilidad, ya que el transcurso del tiempo sin acuerdo no constituye un acto de mala fe en sí mismo. También se debe apreciar el contexto de las negociaciones previas (ej. cuánto tiempo toma usualmente la negociación hasta llegar al acuerdo, cuánto dura el trato directo, los periodos de negociaciones anteriores, etc.).

Los supuestos de mala fe que hemos apreciado en los laudos arbitrales han sido alegados por los sindicatos, es decir, no registramos un caso donde la mala fe ya ha sido alegada por las empresas para acudir a un arbitraje potestativo. En la inmensa mayoría de los casos se ha podido apreciar la admisión del arbitraje potestativo.

2. Supuestos de mala fe en el Derecho comparado

Para complementar nuestro análisis, recurrimos al Derecho comparado buscando propuestas o criterios aplicables a nuestro caso. Así, países como Estados Unidos o Nueva Zelanda (países de *Common Law*) han desarrollado de manera detallada, tanto en la doctrina y en su propia legislación, la regulación de las conductas que califican como actos de mala fe en la negociación colectiva.

Consideramos acertados los criterios señalados por Holley, Jennings y Wolters, quienes analizando los llamados "leading cases" del *Common Law*, nos proporcionan una serie de ejemplos de la existencia de la mala fe en el marco de las negociaciones colectivas en Estados Unidos.

A continuación no solo proponemos algunos de estos novedosos criterios, sino que también consideramos pertinente hacer un análisis de cada uno de ellos toda vez que poseen matices interesantes que merecen una evaluación por parte de los árbitros según sea el caso concreto. Esto se debe especialmente porque la línea entre una estrategia de negociación en el ámbito de una negociación y la mala fe negocial es muy delgada. Así, citando a los mencionados autores, estos señalan: "Otros fallos relativos a la conducta del empleador o del Sindicato han brindado los siguientes ejemplos de las conductas que pueden constituir mala fe en la negociación colectiva" (29).

(29) HOLLEY, William H., JENNINGS, Kenneth M, WOLTERS, Roger S. *The Labor Relations Process*. 10ª ED., Cencage Learning, Mason, 2012, p. 269.

Cuadro de elaboración propia. Traducción libre, cita original: "Other rulings involving employer or union conduct have provided the following examples of conduct that may constitute bad faith bargaining:

- Surface bargaining. A party is willing to meet at length and confer but merely goes through motions of bargaining without any evidence of a sincere desire to reach an agreement. Surface bargaining includes a party making proposals that it knows the other party cannot accept, taking an inflexible attitude on important issues or offering no alternative proposals.
- Dilatory tactics: Unreasonable procrastination in executing an agreement, unreasonable delay in scheduling meetings, willful avoidance of meetings, evasive tactics, unreasonable delay in providing data for bargaining, and similar tactics are evidence of bad faith
- Imposing unreasonable conditions: Attempts to specify conditions ob bargaining or the administration of a labor contract will be scrutinized closely to determine whether such conditions are onerous or unreasonable (e.g. insisting that all grievances be resolved before collective bargaining can start). In addition, the requirement of agreement on a specific item as a prerequisite to negotiating other issues may reflect a bad faith bargaining intent.

TIPO DE ACCIÓN	DEFINICIÓN	COMENTARIOS
Superficie de negociación(*)	Una parte está dispuesta a reunirse, pero desarrolla acciones de negociación sin demostrar evidencia alguna de un deseo sincero de llegar a un acuerdo. En la superficie de negociación una parte brinda propuestas que sabe que la otra parte no podrá aceptar, teniendo una actitud inflexible en cuestiones importantes, sin ofrecer propuestas alternativas.	Si bien es aceptada como estrategia de negociación el deber de revelar información, sí se puede llegar a un punto en el que la negociación se hace imposible debido a la asimetría informativa. Se debe tomar en cuenta que, por lo general, la mayoría de información materia de una negociación se encuentra en poder del empleador, y no del sindicato.
Tácticas dilatorias	Es la dilación injustificada en la ejecución de un acuerdo, retrasando la programación de reuniones sin motivo alguno, evitando deliberadamente la asistencia a estas, teniendo tácticas evasivas o el retraso injustificado en el suministro de datos para la negociación así como tácticas similares, son la evidencia de la mala fe.	La dilación per se no constituye mala fe, siendo que es una de las técnicas de negociación más conocida. Sin embargo, se debe analizar la justificación que tenga una parte, así como la posición de negociación en la que se encuentre.
Imposición de condiciones no razonables	Intentos de especificar las condiciones de la negociación o la administración de un contrato de trabajo será analizado con detenimiento para determinar si esas condiciones son onerosas o irrazonables (por ejemplo, insistiendo en que todas las quejas se resuelvan antes que la negociación colectiva pueda comenzar). Asimismo, buscar el acuerdo sobre un tema específico como requisito previo para la negociación puede reflejar un intento de negociación de mala fe.	Se debe analizar que las partes, sin perjuicio de su estrategia de negociación tengan un ánimo para negociar, así como una intención real de llegar a un acuerdo.
Cambios unilaterales en las condiciones	Acciones tales como cambiar las compensaciones o beneficios integrales es un fuerte indicador de la negociación de mala fe.	En este caso, las partes no pueden valerse de acciones que claramente busquen truncar la negociación. Estos actos son amenazas y abuso, no siendo aceptables como estrategia de negociación.

(*) - Unilateral changes in conditions: Such actions as changing the compensation or fringe-benefit package impasse is a strong indicator of bad faith bargaining.

- Commission of unfair labor practices. Committing unfair labor practices (such as promoting withdrawal from the union, reducing work hours without economical justification, or engaging discriminatory layoffs) during negotiations is indicative of bad faith".

Realización de prácticas laborales injustas	Cometer prácticas laborales injustas (como la promoción del retiro del Sindicato, la reducción de horas de trabajo sin justificación económica o la realización de despidos discriminatorios) durante las negociaciones es indicativo de mala fe.	No puede ser admisible. Sin embargo, deberá probarse una motivación antisindical así como el nexo de buscar impedir la continuación de la negociación. Por ejemplo, un despido nulo a un miembro del sindicato no necesariamente debe ser calificado como acto de mala fe negocial si es que no afecta la normalidad de la negociación. Un supuesto diferente puede ser el despido del dirigente que es representante en la comisión negociadora.

(*) En Nueva Zelanda la táctica de "superficie de negociación" constituye una violación a su Ley de relaciones laborales del 2000 (Employment Relations Act 2000), y en Estados Unidos se configura una violación a su Ley nacional de relaciones laborales (National Labor Relations Act).

Adicionalmente, existen también otras propuestas que consideramos importante mencionar como la creación de un "Código de buena fe en la negociación colectiva". Así, en países como Nueva Zelanda, el Estado ya ha optado por tener una regulación específica destinada a ayudar al análisis de las conductas de mala fe dentro de una negociación colectiva.

Por ejemplo, en dicho país se regula las siguientes pautas, invocando a las partes a cierta conducta y disposición al momento de negociar colectivamente:

- Las partes deben ser activas y constructivas, manteniendo en todo momento una relación armónica entre ambas.
- Las partes deben ser receptivas y comunicativas, así como hacer todos los esfuerzos que estén a su alcance para llegar a un acuerdo, en términos eficientes y eficaces para la negociación.
- Las partes deberán reunirse y considerar las propuestas de su contraparte, así como dar respuesta a dichas propuestas.
- Se requiere a las partes a concluir la negociación con un convenio colectivo a menos que exista una "razón genuina" para no hacerlo, sobre la base de motivos razonables[30].

(30) Traducción libre. Texto original: The duty of good faith underpins collective bargaining and requires that parties to bargaining are:

- active and constructive in establishing and maintaining a productive employment relationship

Asimismo, Nueva Zelanda posee un "Código de buena fe", el mismo que se debe leer en conjunto con su Ley de relaciones laborales del año 2000[31]. Este es un instrumento legal que tiene como objetivo proveer tanto a los sindicatos como a la parte empleadora de guías y lineamientos de lo que es la buena fe para negociar colectivamente. Así, creemos que resulta natural que el tratamiento de un tema tan complejo como la mala fe negocial exija un desarrollo detallado y amplio que se valga de diversas herramientas jurídicas que apoyen a definir con mayor claridad los supuestos de mala fe.

En conclusión, estimamos valiosa la existencia de esta regulación en países de *Common Law*, en donde hay una regulación más extensa de la mala fe en la negociación colectiva. Así, también sugerimos que se procure en nuestro país elaborar una regulación más detallada sobre la mala fe, así como los valores y principios generales de la negociación colectiva. Como hemos visto en países de common law como Estados Unidos o Nueva Zelanda, el legislador se apoya en diversos instrumentos jurídicos como son Códigos de conducta, clasificación de conductas y lineamientos para ayudar en el entendimiento de los actos de mala fe en la negociación colectiva[32].

3. Negociar o ir a arbitraje, he allí el dilema

En vista de la complejidad del tema y de las diferentes conductas que pueden tener las partes, proponemos un análisis integral. Es decir, no creemos que una regulación en una Resolución Ministerial sea suficiente, o una nueva legislación ni que baste un "Código de buena fe negocial" para que los procesos de solución de conflictos de intereses se solucionen adecuadamente. Creemos que el mejor análisis se complementa con una serie de herramientas (jurídicas y otras no jurídicas) toda vez que, finalmente, el objeto de la negociación colectiva es llegar a un acuerdo que concilie los intereses de ambas partes. Siempre que las partes aún tengan intención de continuar negociando y continúen el trato directo, existirá la posibilidad de seguir la negociación en búsqueda de un acuerdo.

- that they are responsive and communicative and use their best endeavours to agree on an effective and efficient bargaining process
- meet together and to consider and respond to proposals
- to conclude a collective agreement unless there is a genuine reason not to, based on reasonable grounds

En la página web de Ministry of Business, Innovation and Employment of New Zealand. Link: <http://www.dol.govt.nz/infozone/collectivebargaining/1-introduction/code-of-good-faith.asp>. Fecha de consulta: 29/09/2012.

(31) Traducción libre de: "Employment Relations Act 2000".

(32) Para mayor profundización al respecto, puede ingresarse al sitio web del Ministerio de Economía, innovación y empleo, donde se puede apreciar información relativa a la mala fe en la negociación colectiva, el principio de buena fe, así como su Código de Buena fe, entre otros. Link: <http://www.dol.govt.nz>.

Es por ello que creemos que lo mejor es complementar la regulación y legislación que tenemos sobre la materia, analizando las conductas por un lado dentro de los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, así como en el marco de una buena fe en la negociación colectiva.

Es importante la reflexión final de que, tanto el Estado como las mismas partes dentro de una negociación colectiva, deben buscar siempre como objetivo solucionar las controversias de manera pacífica y buscando arribar a un acuerdo directo en el que confluyan de la mejor manera los intereses de ambas partes. Por lo tanto, aceptamos que "los órganos y los procedimientos de solución de los conflictos deberían ser concebidos de tal manera que contribuyan a fomentar la negociación colectiva"(33).

Consideramos acertado lo señalado por Blancas Bustamante, en tanto se ha dejado abierta a la prolongación de conflictos derivados de la negociación colectiva, cuando no se pueda acreditar que la falta de solución a estos obedece a la mala fe del empleador o del sindicato, lo que marcha en sentido contrario al deber constitucional que tiene el Estado de fomentar la negociación colectiva y promover la solución pacífica de los conflictos laborales(34).

De esta manera, sin perjuicio de todo lo antes expuesto, consideramos que no debemos perder de vista la preferencia por los mecanismos autocompositivos de tutela, toda vez que nadie mejor que las partes tiene un conocimiento más profundo de los conflictos mismos y de las posibles soluciones que las partes. Por ello, "debe otorgarse prioridad a los mecanismos de autocomposición libremente acorados por las partes frente a los basados en la heterocomposición. Así, si las partes han decidido seguir una determinada vía, no debe pretenderse imponerles otra"(35).

No podríamos estar más de acuerdo con lo señalado por Ermida Uriarte, quien apunta a que la negociación colectiva es la forma perfecta de autocomposición de conflictos colectivos(36). Por lo tanto, se debe por un lado incentivar de la mejor manera la negociación colectiva y solución de conflictos ente las partes. Y, cuando ello no sea posible, pues entonces resulta válido valerse de los demás instrumentos que nos otorga el derecho para la solución pacífica de controversias, siempre y cuando se utilicen estos instrumentos de manera razonable, proporcional y en relación a una negociación colectiva en concreto.

---

(33) TAJGMAN, David y CURTIS, Karen. *Guía práctica de Libertad Sindical*. OIT, 2002, p. 43.

(34) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "La naturaleza del arbitraje en la negociación colectiva". En: *Soluciones Laborales*. Nº 46, Gaceta Jurídica, Lima, octubre de 2011, p. 20.

(35) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Ob. cit., p. 9.

(36) ERMIDA URIARTE, Oscar. Ob. cit., pp. 20-23.

VI. CONCLUSIONES

1. Las normas emitidas por nuestro legislador contemplan la posibilidad de que cualquier acto cometido por cualquiera de las partes sea sometido a análisis del tribunal arbitral para determinar si constituye o no acto de mala fe negocial.

2. Consideramos que en el Perú existe una regulación aún incipiente y genérica respecto a los actos que deberían constituir mala fe negocial.

3. En la realidad resultaría imposible enumerar todos los actos que podrían cometer alguna de las partes como para tener una lista taxativa de actos de mala fe negocial; por ello, existe una necesidad de establecer criterios y parámetros al momento de analizar los actos o conductas de alguna de las partes que invocan la mala fe como causal para solucionar el conflicto mediante el arbitraje potestativo.

4. Tomando en cuenta nuestra legislación se deben analizar las conductas dentro de los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad que deben delimitar el análisis a que exista una conexión lógica entre el acto y el impedimento de continuar con la negociación.

5. El Derecho Comparado ya ha establecido ciertas clasificaciones que son de utilidad para analizar las conductas de mala fe negocial.

6. Existen otros instrumentos jurídicos de utilidad como por ejemplo la elaboración de "Códigos de buena fe", legislación complementaria, entre otros que sirven de apoyo para definir las conductas que deberían calificar como mala fe negocial.

7. El análisis de procedencia del arbitraje potestativo debe ser minucioso y detallado, tomando en cuenta que los actos y conductas deben analizarse bajo el marco de una negociación colectiva, y no aleatoria ni arbitrariamente.

8. En la gran mayoría de los casos, los actos de mala fe alegados por el Sindicato son declarados como procedentes para el arbitraje potestativo. Solamente conocemos de dos casos donde se ha resuelto la improcedencia del arbitraje por la inexistencia de una mala fe negocia.

9. Se deben diferenciar los "actos antisindicales" de los actos de mala fe negocial, toda vez que los segundos buscan impedir el arribo a un acuerdo entre las partes o la imposibilidad de continuar con la negociación colectiva.

10. Las partes (el sindicato y la empresa) son las que tienen mayor conocimiento de la situación del conflicto, así como de la verdadera dimensión de las soluciones

11. Se deberá buscar siempre en la medida de lo posible, fomentar la autocomposición y que sean las mismas partes las que intente resolver las controversias, fomentando la negociación colectiva.

BIBLIOGRAFÍA

1. ARESE, César. *Derecho de los conflictos colectivos de trabajo*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2011.
2. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "La naturaleza del arbitraje en la negociación colectiva". En: *Soluciones Laborales.* Nº 46, Gaceta Jurídica, Lima, octubre de 2011.
3. CHANGALA, Ricardo y FERNÁNDEZ, Hugo. *Medios de solución de los conflictos colectivos de trabajo*. Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1985.
4. CHÁVEZ NÚÑEZ, Frida. "Modificaciones a la Ley de Relaciones Colectivas del Trabajo". En: *Soluciones Laborales.* Nº 46, Gaceta Jurídica, Lima, octubre de 2011.
5. CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos. "El principio de buena fe, los servicios mínimos y las formas atípicas de huelga". En: *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano, Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez*. Grijley, Lima, 2009.
6. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, Juan. *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del derecho del trabajo*. Consejo Económico Social, Madrid, 2000.
7. ERMIDA URIARTE, Óscar. "Algunas reflexiones sobre los conflictos laborales, el arbitraje y la justicia del trabajo". En: *Anales del Foro.* Nº 43-44, Montevideo, 1982.
8. HERNÁNDEZ VIGUERAS, Juan. "Negociación colectiva y resolución de conflictos del trabajo". En: *La solución de los conflictos en el sistema de relaciones laborales*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992.
9. HOLLEY, William H., JENNINGS, Kenneth M, WOLTERS, Roger S. *The Labor Relations Process*. Cencage Learning, Mason, 2012.
10. IGLESIAS MERRONE, Leticia. "Principales manifestaciones de la buena fe en la negociación colectiva". En: *Revista Derecho Laboral*. Tomo LIII, Nº 239, julio-setiembre de 2010.
11. KIELY THOMPSON CAISLEY. *Collective Bargaining*. CCH New Zealand Limited, New Zeland, 2007.
12. MURRAY, R. Emmet. "The Lexicon of Labor: More than 500 Key Terms, Biographical Sketches and Historical Insights concerning labor in America". The New Press, New York, 2010.
13. NEVES MUJICA, Javier. "El nivel de la negociación en la actividad portuaria". En: *Asesoría Laboral*. Abril de 2007.
14. NEVES MUJICA, Javier. "La determinación del nivel negocial en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre los estibadores portuarios". En: *Ius et Veritas*. Nº 40, julio de 2010.
15. OJEDA AVILÉS, Antonio. *Derecho Sindical*. Editorial Tecnos, Madrid, 1980.
16. OJEDA AVILÉS, Antonio y ERMIDA URIARTE, Óscar. *La negociación colectiva en América Latina*. Trotta, Madrid, 1993.

17. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. 5ª ed. rev., OIT, Ginebra, 2006.
18. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La negociación colectiva. Normas de la OIT y principios de los órganos de control*. OIT, Ginebra, 2000.
19. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Promoción de la negociación colectiva. Convenio Número 154*. OIT, Ginebra, 2011.
20. Página web de "Ministry of Business, Innovation and Employment of New Zealand". Link: <http://www.dol.govt.nz/infozone/collectivebargaining/1-introduction/code-of-good-faith.asp>. Fecha de consulta: 29/09/2012.
21. POLAKOSKI, Julie M. "The impacts of good faith on collective bargaining: a New Zealand Case Study". LLM Thesis. Faculty of Law, University of Wellington Victoria, Wellington, 2010-2011.
22. REAÑO, Milagros. "Buscando una solución a la negociación colectiva laboral". En: *Industria Peruana*. Agosto de 2012.
23. RUBIO CORREA, Marcial. *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005.
24. SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. "La mediación de los conflictos colectivos del trabajo". En: N. González-Cuellar, A. Sanz Hermida y J.C. Ortiz Pradillo. *Mediación: un método de ? conflictos*. Editorial Colex, Madrid, 2010.
25. SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Lesión a la libertad sindical y comportamientos antisindicales*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1993.
26. TAJGMAN, David y CURTIS, Karen. *Guía Práctica de la libertad sindical*. Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2002.
27. TERRATS PLANELL, José Luis. *El control de la legalidad de los Convenios Colectivos por parte de los poderes públicos*. McGraw Hill, Madrid, 1998.
28. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "La constitución: fuente del derecho laboral". En: AA.VV. *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Libro homenaje a Javier Neves Mujica*. Grijley, Lima, 2009.
29. VIDAL SALAZAR, Michael. "La constitución, su contenido laboral y la delimitación del mismo mediante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En: AA.VV. *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Libro homenaje a Javier Neves Mujica*. Grijley, Lima, 2009.
30. VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. "Arbitraje potestativo y otros temas de Derecho colectivo del trabajo". En: *Soluciones Laborales.* Nº 48, Gaceta Jurídica, diciembre de 2011.
31. VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. "Atomización y disfuncionalidad de la tutela colectiva en el Perú". En: *Soluciones Laborales.* Nº 39, Gaceta Juridica, Lima, marzo de 2011.
32. VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. "La autonomía sindical como fundamento de la legitimación negocial de una federación a nivel de empresa". En: *Soluciones Laborales.* Nº 14, Gaceta Jurídica, Lima, febrero de 2011.
33. VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. "La estructura de la Negociación Colectiva: Bases conceptuales y análisis del caso peruano". En: *Asesoría Laboral*. Abril de 1996.
34. ZAVALA COSTA, Jaime, VÍLCHEZ GARCÉS, Lidia. "¿Es tan peligroso proporcionar información empresarial en el marco de la negociación colectiva?". En: *Análisis Laboral*. Abril de 2011.

AUTOTUTELA COMO SOLUCIÓN A LOS LITIGIOS LABORALES SOBRE AFECTACIÓN A LA INTIMIDAD Y DISCRIMINACIÓN EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL DE LA RELACIÓN DE TRABAJO: ¿DERECHO A MENTIR?

"En tiempos de guerra, la verdad es tan valiosa, que siempre debe ser custodiada por mentiras como guardaespaldas"

Winston Churchill(1)

Óscar Raúl Chuquillanqui Aragón

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo, analizaremos la idoneidad de la actual protección que ofrece el ordenamiento jurídico en los casos de discriminación en el campo de acceso al trabajo. Luego de demostrar que las medidas de protección no son las idóneas, propondremos una alternativa distinta a la que se viene aplicando en el ámbito ya señalado. Para llegar a ello, analizaremos el surgimiento de los litigios y los métodos de solución de los mismos propuestos por el Derecho, tales como la heterocomposición, la autocomposición y la autotutela; vale precisar que nos detendremos en el análisis de esta última, ya que, a nuestro entender en ella reside la forma de protección más idónea, ante violaciones al derecho de la intimidad y posterior discriminación, en la etapa de acceso al trabajo.

(1) Extracto del discurso de Winston Churchill durante la Segunda Guerra Mundial.

De lo dicho, anteriormente trataremos de demostrar a la doctrina laboral, que la autotutela no esta restringida al ámbito colectivo, sino que perfectamente puede ser aplicada en el ámbito individual, ante la poca eficacia que brindan los otros métodos de solución de conflicto.

Nuestras propuestas tendrán sustento constitucional e irán en armonía con la realidad peruana, ya que, lo que se busca en estas líneas son soluciones prácticas que tengan como objetivo la adecuada protección de derechos de las personas. Adicionalmente a ello, daremos respuesta a posibles refutaciones a nuestra posición, demostrando que nuestro planteamiento significa un avance en la tutela de derechos en el país.

II. INTERÉS, CONFLICTOS DE INTERESES Y LITIGIOS

Doctrina especializada, menciona que "por naturaleza, el [D]erecho tiene, entre sus misiones, la de reconducir al orden las situaciones de conflicto, manifestando así su condición de *ordo ordinans*(2). En un sentido lato, toda la arquitectura del Derecho no es sino un gigantesco esfuerzo (un esfuerzo no siempre coronado por el éxito) de superación de conflictos y creación de solidaridad, bien en plano de igualdad, bien en plano jerárquico"(3).

Entonces, el Derecho, como disciplina, podría se considerado como una herramienta que busca la solución de conflictos; dicho de otro modo, las personas tenemos distintos intereses casi siempre contrapuestos, por ende, se necesita de un regulador que permita el acceso a cubrir nuestras necesidades, las que buscamos satisfacer a través de la determinación de intereses. Así consideramos pertinente entender el concepto de *interés* y *conflicto de intereses*, debido a la vinculación –expuesta líneas arriba– que tienen con el Derecho.

> "El concepto de interés es fundamental, tanto para el estudio del proceso como para el Derecho. Interés no significa un juicio, sino una posición del hombre, o más exactamente: la posición favorable a la satisfacción de una necesidad"(4); en palabras sencillas, el interés es aquella inclinación o preferencia que de manifestarlas en una acción permitirá la satisfacción de una necesidad, entonces, cuando dos o

(2) Orden ordenador.

(3) MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. Tecnos, Madrid, 2009, p. 715.

(4) CARNELUTTI. Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Uteha, Buenos Aires, 1944, p. 11.

> más intereses se contraponen nos encontramos ante un conflicto de intereses.
>
> Carnelutti, hace referencia al conflicto, estableciéndolo como consecuencia lógica de que los bienes son finitos y los intereses ilimitados, con lo cual las partes en pugna podrían optar por una medida violenta que atente contra la vida en sociedad, ante ello surge como una opción de solución la moralidad de las personas; pero como el mismo autor reconoce, esto es una solución muy idealista, con lo cual la solución a los conflictos recae en el Derecho(5). Entonces, de lo dicho, "[s]urge conflicto entre dos intereses cuando la situación favorable a la satisfacción de una necesidad excluye la situación favorable a la satisfacción de una necesidad distinta"(6).

Antes de continuar, creemos necesario aclarar la relación entre dos conceptos fundamentales para el desarrollo de las siguientes líneas, por un lado, "conflicto de intereses" (visto líneas arriba) y por otro lado, el concepto de "litigio", pues debemos empezar señalando que hay una relación de género-especie, en la medida que todo litigio es un conflicto de interés, pero no todo conflicto de interés es un litigio; en otras palabras, "el litigio no es solo un conflicto de intereses, sino un conflicto jurídicamente calificado, es decir trascendente para el Derecho"(7), en el mismo sentido complementa Ovalle "puede haber conflictos de intereses de carácter económico, científico, etc., que no estén tutelados por el derecho; conflictos cuya solución se ha dejado a la espontaneidad de la vida social, porque no se haya estimado necesario proporcionar criterios ni medios para resolverlos (...) [e]n cambio, cuando en un conflicto el derecho otorga su tutela en uno de los intereses en pugna, se puede hablar propiamente de litigio"(8).

Así, por ejemplo, un conflicto de intereses en donde una pareja de novios no se pone de acuerdo en donde ir cenar no es jurídicamente relevante, ergo, no es tutelable. Por el contrario, un conflicto de intereses que incumple una norma imperativa (por ejemplo, el principio de no discriminación) sí tiene relevancia jurídica, por lo que son tutelables y son denominados litigios.

---

(5) Ibídem, pp. 16-19.

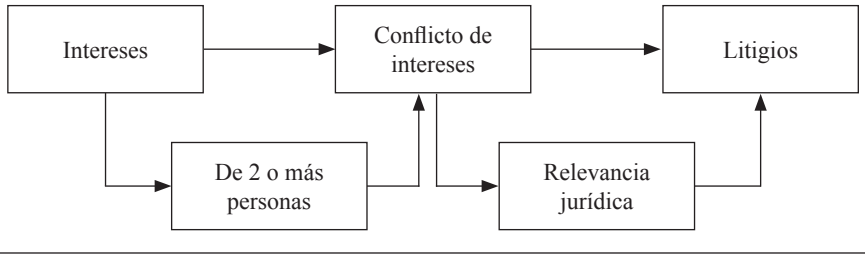
(6) Ibídem, p. 16.

(7) Ibídem, pp. 4-5.

(8) OVALLE FAVELA, José. *Teoría General del Proceso.* Harla, México D.F., 1996, p. 6.

Hasta aquí, a manera de ayuda, graficamos la línea de pensamiento seguida líneas arriba:

CUADRO Nº 1



Los **intereses** son inherentes a la condición humana, con lo cual cada uno de nosotros tiene sus propios intereses dependiendo de las necesidades que tengamos en las distintas etapas de la vida humana. Pero, cuando dos o más intereses se contraponen, se produce un **conflicto de intereses**, el cual puede o no tener relevancia jurídica, aquellos conflictos con relevancia jurídica son denominados **litigios**.

Vale precisar que los conceptos de litigio y proceso no son equivalentes –es decir, no significan lo mismo–, pues, el proceso en muchos casos es un método de resolver los litigios, pero no el único, debido a que, como veremos más adelante existen métodos que tutelan derechos de manera más eficaz.

III. FORMAS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE INTERESES: HETEROTUTELA, AUTOCOMPOSICIÓN Y AUTOTUTELA

Para lograr encontrar soluciones a los litigios, el Derecho normalmente recurre a los siguientes mecanismos de solución: la heterocomposición, la autocomposición y la autotutela; aunque debemos precisar que esta última es resistida por el Derecho. Concretamente dentro del derecho del trabajo la producción doctrinaria sobre la huelga (tipo de autotutela propia de la mencionada rama jurídica) es tan amplia –en doctrina nacional como extranjera– que podría llevarnos al error de pensar que es la única forma de autotutela en el ámbito laboral, peor aún que la autotutela solo es aplicable dentro del ámbito del Derecho colectivo del trabajo, dejando de lado el ámbito individual; con lo cual, estaríamos descartando de plano un método de solución de conflicto muy eficaz en algunas circunstancias.

1. Heterocomposición y autocomposición

Muy concisamente, hablamos de heterocomposición cuando "la solución al conflicto es calificada de imparcial, porque no va a ser dada por las partes, sino por un tercero ajeno al litigio, un tercero sin interés propio en la controversia"[9], el ejemplo bandera sería el proceso judicial, donde la solución es impuesta por un tercero independiente e imparcial: el juez[10]. Si bien este método es por antonomasia el más usado, en nuestra realidad se ve afectado entre otras cosas, por su excesiva duración, producto de la agobiante carga procesal que tienen los juzgados[11]. Esto acarrea el problema de perdida de celeridad, con lo cual el proceso judicial, no puede proteger Derechos Fundamentales de manera idónea.

Por su parte, la autocomposición "es un medio de solución parcial, porque proviene de una o de ambas partes en conflicto. La autocomposición es unilateral cuando proviene de una de las partes, y bilateral cuando tiene su origen en ambas partes"[12], en otras palabras, la autocomposición, confía en la puesta de acuerdo de las partes en conflicto (bilateral) o la aceptación de un interés sobre el otro pero, a diferencia de la autotuela, en un entorno pacifico, es decir hay una imposición consentida de un interés sobre el otro (unilateral)[13]

2. Autotutela: concepto y clasificación

Finalmente, la autotutela "consiste en la imposición de la pretensión propia en perjuicio del interés ajeno"[14]. Alcalá-Zamora, menciona que la autotutela "se caracteriza porque uno de los sujetos en conflicto (...), y aun a veces los dos, como en el duelo o en la guerra, resuelven o intentan resolver el conflicto pendiente con

---

(9) Ibídem, p. 25.

(10) Otros ejemplo de heterocomposición lo encontramos en el arbitraje

(11) "La carga procesal se define como la cantidad de expedientes que quedaron pendientes a fin del periodo anterior, más los que Ingresaron en el periodo. Bajo esta definición, la Carga Procesal del Primer Semestre del año 2011 asciende a **2,578,945 expedientes** y está compuesta por los Expedientes Pendientes al 31 de diciembre del año 2010, así como por los que ingresaron durante el Primer Semestre del año 2011".

PODER JUDICIAL. Gerencia General. Estadísticas de la función jurisdiccional a nivel nacional periodo: enero-junio 2011, p. 3. Resaltado y subrayado nuestro.

<http://historico.pj.gob.pe/imagen/documentos/..%5C..%5CCorteSuprema%5Cdocumentos%5CESTADISTICAS_JURIS_1_SEMESTRE_2011_130911.pdf>. Lima. Visto 3 de setiembre de 2012, 3:00 pm.

(12) OVALLE, José. Ob. cit., p. 16.

(13) Ejemplos de la autocomposición podemos encontrar, allanamiento, perdón del ofendido, transacción, etc.

(14) OVALLE, José. Ob. cit., p. 9.

el otro, mediante su acción directa, en lugar de servirse de la acción dirigida hacia el Estado a través del proceso"[15] .

Por su parte, Ovalle, considera que la autotuela, a consecuencia de la evolución del Derecho, ha quedado rezagada como método de solución de litigios y se ha realzado la importancia de los tribunales como método de solución[16]. Así en el caso peruano, nuestra Constitución en su artículo 139, 3 establece el derecho de tutela jurisdiccional. Pero no debemos olvidar que la misma Constitución también regula supuestos de autotutela –excepción a la regla– como por ejemplo la legítima defensa, expresada en el artículo 2, 12.

Creemos conveniente, resaltar que doctrina especializada[17] clasifica a la autotutela en distintos tipos, pero por cuestiones de espacio y de pertinencia, analizaremos solo tres de ellas:

a) La autotutela entendida como respuesta a un ataque precedente

Esta aututela, tiene dos elementos (i) un ataque inicial, que activa la posibilidad a que la parte afectada, ejerza (ii) un contraataque como respuesta protectora.

El ataque inicial debe ser una agresión ilegitima, es decir debe tener un carácter antijurídico violatorio de un derecho. El contraataque, debe ser racional, es decir, dependerá del caso en concreto determinar si el medio empleado para autelarse es el correcto, debemos señalar que racional no significa proporcional, pudiendo darse casos en que el contraataque sea desproporcional, pero al ser el único medio posible de defensa según las circunstancias, calificará de racional. Finalmente, sobre la parte que ejerce la autotutela recae el deber de falta de provocación suficiente, se entiende por este, que para ejercer autotutela, la persona no debe provocar la agresión[18].

(15) ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. UNAM, México, 1970, p. 50.

(16) OVALLE, José. Ob. cit., p. 10.

(17) ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Ob. cit., pp. 58-60.

(18) Para realizar la presente construcción nos basamos en lo que la doctrina penal entiende por elementos objetivos de la legítima defensa. Vease: BRAMONT-ARIAS TORRES. Luis Miguel. *Manual de Derecho Penal*. EDDILI, Lima, 2008, pp. 274-280

b) El ejercicio personal de un derecho subjetivo, sin que sea necesario un ataque previo[19]

Esta clasificación la podemos dividir en tres supuestos: (i) obrar por disposición de una norma; (ii) obrar por cumplimiento de un deber; y (iii) obrar en ejercicio de un derecho.

El primer supuesto, nos dice que se puede actuar y vulnerar de cierta forma derechos ajenos, así por ejemplo la Constitución en el artículo 24, f establece que la flagrancia habilita la detención policial, con lo cual el policía pese a privar a alguien de su libertad, actúa bajo el amparo de la Constitución que le ordena realizar sus actividades de determinada manera.

Por su parte, el segundo supuesto, se da dentro del ámbito de funcionarios públicos, cuando un funcionario actúa por disposición de otro. El ejemplo, puede verse en el desalojo autorizado por un juez; en este supuesto, si se produce resistencia, la policía estará autorizada a realizar actividades que pueden lesionar bienes jurídicos.

Finalmente, el tercer supuesto, es el ejercicio de un derecho, esto no significa el ejercicio irrestricto del mismo sino que el ordenamiento tolera su ejecución hasta cierto punto, el límite es la afectación de otros derechos.

c) Medio de coacción y presión ejercido a una de las partes, con la finalidad de imponerle intereses

En este tipo de autotutela la persona que la ejerce busca que la contraparte realice y/o se vea motivada a realizar una determinada acción o conducta. Resulta

(19) Ovalle realiza un interesante análisis del despido como acto de autotutela a favor de los intereses del empleador, planteándolo de la siguiente manera: "En este grupo también se debe señalar el *despido* de los trabajadores por los patrones. La fracción XXII del apartado A del artículo 123 constitucional permite, de manera implícita, que los patrones puedan despedir a sus trabajadores sin tener que seguir previamente un proceso ante los tribunales, en el que se acredite la causa legal de la rescisión del contra o la relación de trabajo. Cuando el despido o rescisión se haya llevado a cabo sin causa justificada, el precepto constitucional otorga al trabajador la opción para elegir entre dos clases de pretensiones: la de reclamar ante la Junta de Conciliación y Arbitraje competente el *cumplimiento* del contrato o la relación de trabajo, con la consecuente *reinstalación* en su puesto de trabajo; o bien, la de demandar ante dicho tribunal el pago de una *indemnización* por el importe de tres meses de salario y las demás prestaciones que le correspondan.

Es evidente que el despido que hace el patrón de un empleado es una autotutela, pues a través de dicho despido el patrón impone su pretensión propia en perjuicio del interés del trabajador, ya que decide, por sí, la rescisión del contrato o de la relación de trabajo. Aunque el párrafo final del artículo 47 de la Ley Federal del Trabajo impone al patrón el deber de comunicar por escrito al trabajador la causa del despido, la decisión para rescindir la relación se mantiene, en principio, en manos del patrón. Solo hasta el momento en que el trabajador despedido formule su pretensión de reinstalación (cumplimiento del contrato o de la relación de trabajo) o de indemnización, la decisión del patrón será sometida a la revisión de la Junta de Conciliación y Arbitraje, la que, con base en las pruebas aportadas, determinará si el despido fue o no justificado, y en este último caso, condenará al patrón a satisfacer la pretensión formulada por el trabajador, en los términos de ley". En: OVALLE, José. Ob. cit., pp. 11-12.

evidente que en esta clasificación encajaría la huelga, que es la modalidad más difundida por el Derecho del Trabajo, sin embargo, a estas alturas ya resulta claro que es apenas una modalidad más dentro del concepto de autotutela.

A partir, de lo expuesto, líneas arriba, más adelante propondremos un nuevo tipo de aututela, el cual a pesar de tener características propias, responde en parte, a elementos de la clasificación precedente. Recalcamos que por un tema de orden y mayor comprensión del presente trabajo, consideramos conveniente llegar hasta aquí en el análisis de la autotutela como método de solución de litigios y postergar nuestra planteamiento hasta el capítulo correspondiente.

IV. DISCRIMINACIÓN COMO CONSECUENCIA DE LA AFECTACIÓN AL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL DE LA RELACIÓN LABORAL: ¿ADECUADA TUTELA O SIMPLE FORMALIDAD?

Ya centrándonos en el ámbito del Derecho del Trabajo podemos observar que existen intereses contrapuestos[20]. Esto graficado en la etapa de entrevistas de trabajo, nos da la concurrencia de dos intereses en conflicto; por un lado, tenemos el interés de acceder aun puesto de trabajo, por otro lado, el interés de seleccionar a la persona más apta para el puesto, este litigio desemboca en graves problemas en torno a dos derechos fundamentales, como son la intimidad y la no discriminación.

En esta oportunidad desarrollaremos como la afectación de la intimidad, permite que el mandato de no discriminación sea vulnerado con relativa facilidad e impunidad en la etapa precontractual de la relación laboral, recordemos que uno de los problemas que atraviesa el Derecho del Trabajo, y en general el país, es justamente esta facilidad con la que se puede discriminar, más aún si tenemos en cuenta que "la relación de trabajo en tanto relación de poder o relación desigual, es un campo fértil, un campo de cultivo para la discriminación"[21]. Consideramos, que el referido "campo de cultivo" es aún más fértil durante la etapa precontractual, porque, es aquí donde se aprecia la asimetría de poderes en sentido

(20) Así, doctrina especializada, hace mención a los intereses contrapuestos de la siguiente manera: "como la relación laboral es, de un lado, conflictiva, porque los intereses de los trabajadores –como individuos y como categoría– son diferentes y a veces opuestos a los de los empresarios –como individuos y como categoría–, siendo ambos legítimos, se requiere regulación para que el conflicto discurra entre los márgenes del sistema". NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2009, p. 12.

(21) ERMIDA URIARTE, Óscar. "Protección, igualdad, dignidad, libertad y no discriminación". En: *Revista Derecho & Sociedad*. Año XXII, Nº 37, 2011, p. 18.

puro, ya que, al no existir aún contrato de trabajo, no existe equiparación normativa que evite (o al menos intente reducir) una relación abusiva entre las partes. Ante ello, podemos optar por ser simples observadores o aportar ideas en busca de un cambio de paradigma, nosotros nos alineamos a esta última forma de pensar.

1. Derecho de acceso al trabajo, etapa precontractual de la relación laboral

El derecho al trabajo es un derecho fundamental reconocido por nuestra Constitución, no solo tutela la relación de trabajo en su etapa contractual, sino que también tutela la etapa previa, es decir el acceso al trabajo, el cual se debe dar en condiciones de igualdad de trato, igualdad de oportunidades y bajo el mandato de no discriminación.

Nuestro Tribunal Constitucional ratifica este doble sentido del derecho al trabajo de la siguiente manera:

> "El contenido esencial del derecho al trabajo implica dos aspectos: Por un lado, el derecho a acceder a un puesto de trabajo, y por otro lado, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. En el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; precisando que la satisfacción de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa"(22).

A efectos del presente trabajo, entendemos como etapa precontractual de la relación laboral, aquella que inicia cuando el empleador requiere cubrir un determinado puesto de trabajo hasta la contratación del postulante para el puesto disponible. Entendida así la etapa precontractual, doctrina especializada menciona que hay que diferenciar entre dos subetapas, por un lado tenemos la subetapa de reclutamiento de personal, la cual es acto abierto y que busca **atraer** postulantes (aspecto positivo), por otro lado, tenemos la subetapa de selección, la cual es un proceso de **descarte** de postulantes en busca del más idóneo para el cargo (aspecto negativo)(23).

(22) STC Exp. Nº 03052-2009-PA/TC, f. j. 11.

(23) Al respecto véase: CHIAVENATO, Idalberto. *Gestión del talento humano*. McGRAW-HILL/ INTERAMERICANA EDITORES S.A., Mexico D.F., 2009, pp. 101-170 y FLINT BLANCK, Pinkas. *La revolución del Derecho de seguros y del Derecho Laboral*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1998, pp. 127-146.

En el presente trabajo, por cuestiones de extensión no nos detendremos en la primera, perfilando así nuestro análisis en la subetapa de selección, la cual suele estar conformada por test sicológicos, entrevistas personales, prueba de conocimientos entre otros. Nuevamente precisamos que por cuestiones de espacio, nos referiremos concretamente al caso de las entrevistas de trabajo.

2. Principio de no discriminación

"El concepto de discriminación, a pesar de presentar una cierta elasticidad, tiene siempre dos elementos definidores. Se trata, en primer lugar, de la diferencia de trato con respecto a alguien (termino de comparación) y, después, del fundamento o apoyo en determinados motivos o razones especificas (causa de discriminación)"[(24)]. Es claro, que en la subetapa de selección el término de comparación se manifiesta en la cantidad de postulantes que tienen el interés de acceder a un mismo puesto, aquí el empleador tiene la posibilidad de compararlos y elegir, quién a su criterio es el más apto; pero si su decisión se basa, o hay pruebas que puedan llevarnos a pensar que se basaron, en los denominados "motivos prohibidos", esta decisión debería ser inválida.

Pero, cuáles son los motivos prohibidos, una referencia importante la encontramos en lo establecido sobre discriminación, por el convenio 111 de la OIT, "cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación"[(25)], defendemos la idea de que, si bien estos motivos son generales, es decir abarcan múltiples supuestos, no son taxativos, porque no podemos equiparar la realidad social de las naciones, ya que, podrán existir nuevos motivos prohibidos a partir de las problemáticas propias de cada país. Esta línea de pensamiento la sigue la OIT, al establecer en su artículo 1, párrafo 2.b[(26)], la posibilidad de ampliar los supuestos de discriminación que considere el país miembro, previa coordinación con las instituciones representativas de los distintos actores sociales.

(24) MARTÍNEZ ROCAMORA, Luis. *Decisiones empresariales y principio de igualdad*. Cedecs, Barcelona, 1998, p. 166.

(25) OIT. 1984, Convenio 111, artículo 1, párrafo 1.a.

(26) OIT. 1984, Convenio 111, artículo 1, párrafo 2.b. "A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende: (b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

Finalmente, precisamos que "[n]o es relevante la intención del sujeto discriminante, siendo suficiente la existencia del daño"[27] [28], esto se debe a que si se impone al afectado probar la intención de la contraparte, lo único que conseguiríamos es mantenerlo en un estado de vulneración constante, porque, no tendría los medios para conseguir una prueba idónea que demuestre la intención discriminatoria. Por ello, nuestro Tribunal Constitucional establece que "[c]uando se alegue que se es objeto de una conducta discriminatoria, ha de acreditarse la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante alegato, para lo cual se requiere, por lo menos, la prueba indiciaria"[29]. Esto, sin duda, es un avance para acceder al proceso, pero como veremos más adelante, resulta una medida insuficiente porque, pese a ello, la heterocomposición no es eficaz.

3. Derecho a la intimidad

Mucho se ha escrito en torno a la relación que existen entre el derecho a la intimidad, el derecho a la privacidad e incluso el derecho a la vida privada. En ese sentido, se ha sostenido que son sinónimos, en consecuencias todos protegen los mismos supuestos; por otro lado, se esgrime la idea de que son diferentes en tanto a la gradualidad de su tutela[30]. El presente trabajo no tiene como finalidad acabar con aquella discusión; sin embargo plantearemos nuestra propia postura, basada en lo ya escrito por doctrina especializada.

A nuestro entender existe una vida pública, que por lo general, son aquellos actos que se realizan de manera abierta con la intención de compartirlos con los demás; en contraposición, la vida privada, son aquella acciones costumbres pensamientos percepciones, etc. que la persona se guarda para si misma, algunos de estos actos recaen en su familia y en amigos cercanos. Por otro lado, consideramos que la intimidad entra a tallar en ambas etapas de la vida –tanto pública como privada– siempre y cuando se trate de elementos –acciones, costumbres, pensamientos, percepciones, etc.– tan personalísimos que si llegan a ser transmitidos a otras personas, el afectado no podrá desarrollarse dignamente e íntegramente en la sociedad.

---

(27) ERMIDA URIARTE, Óscar. Loc. Cit.

(28) En el mismo sentido, en referencia a la discriminación: "Alguna vez se ha aludido a un elemento intencional que, sin embargo, no considero relevante a los efectos de configurar el supuesto". MARTÍNEZ ROCAMORA, Luis. Loc. Cit.

(29) STC Exp. Nº 02562-2002-AA/TC, f. j. 3.

(30) Al respecto véase: JIMÉNEZ GUZMÁN. "Evolución histórica y conceptual del derecho de la vida privada". En: *Revista de los Tribunales Agrarios*. Año IV, Segunda época, mayo-agosto de 2007. pp. 63-112. Colección de revistas disponibles en línea, véase: <http://www.tribunalesagrarios.gob.mx/wp/?page_id=101>.

De lo dicho, líneas arriba, resulta superlativa la tutela de la intimidad; por ello, debemos precisar que su respeto se debe dar tanto en lo público como en lo privado; por ejemplo, una conversación confidencial entre dos personas no puede ser filtrada a terceros, por el simple hecho de estar en la calle.

Entonces la vulneración del derecho a la intimidad de la persona, se da cuando se divulgan hechos o actitudes personalísimos de cada individuo ya sea de su vida privada o pública, pero también hay vulneración del derecho a la intimidad cuando se fisgonea o invade en temas relacionados a la vida privada de la persona, sin que exista un interés público de por medio(31).

Debemos precisar, que la vida privada está compuesta de distintos elementos, algunos serán factibles de ser conocidos bajo motivos fundamentados –como puede ser el interés del empleador que, con base en el derecho de libertad de empresa, puede formular preguntas para tomar una elección idónea–; pero, otros elementos no podrán ser ni siquiera fisgoneados (preguntados), ya que esta afectación impediría el libre desarrollo de la persona en la sociedad(32). En otras palabras, "la intimidad del trabajador (...) no puede quedar sometida al poder directivo ni de control del empresario. En cambio, algunos aspectos de la vida privada del trabajador, en cuanto afectan a la relación jurídico-laboral, sí pueden ser materia de esa investigación y de control"(33), consideramos que la cita precedente, si bien se refiere a la etapa contractual de la relación, es perfectamente aplicable a la etapa precontractual –en el contexto de una entrevista de trabajo–, en la medida que la intimidad del postulante no debe sucumbir ante las preguntas del entrevistador, pero los aspectos relacionados al puesto de trabajo sí pueden ser de conocimiento del empleador

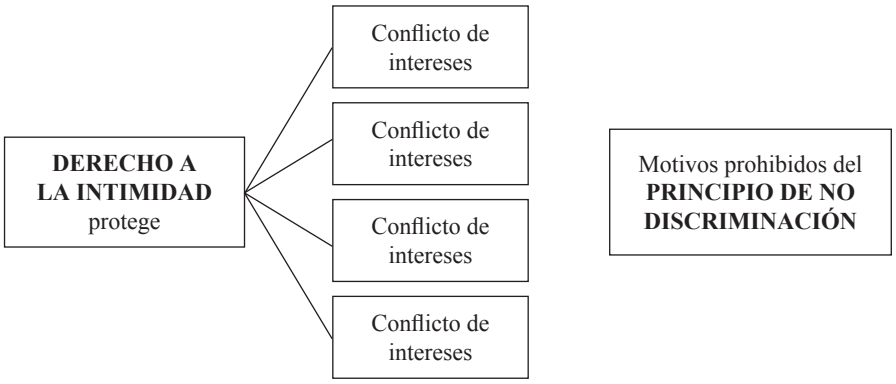
(31) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2007, pp. 192-193. Citando a: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*. Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1992, pp. 61-62.

(32) En el mismo sentido el Tribunal Constitucional entiende por vida privada lo siguiente: "el ámbito personal en el cual un ser humano tiene la capacidad de desarrollar y fomentar libremente su personalidad. Por ende, se considera que está constituida por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño" y sobre la relación entre vida privada y la intimidad establece que "[l]a vida privada es un derecho fundamental en primordial relación con la intimidad. El último de ellos tiene una protección superlativa dado que configura un elemento infranqueable de la existencia de una persona; la vida privada, por su parte, la engloba y también incluye un ámbito que sí admite algunas intervenciones que habrán de ser consideradas como legítimas". STC Exp. Nº 6712-2005-HC/TC, f. j. 38. Primer y tercer párrafo, respectivamente.

(33) PACHECO ZERGA, Luz. "El poder de control empresarial y el respeto a la intimidad en la utilización de los recursos electrónicos". En: *Laborem 6*. Año 2006, pp. 25-26.

Finalmente, doctrina especializada, refiriéndose a la intimidad considera que "constituye el **presupuesto** para el ejercicio de otros derechos, es decir, la base para el desarrollo efectivo de libertades y derechos básicos como la libertad de pensamiento, libertad de culto, y un conjunto de **derechos sociales**, salud, costumbres, hábitos sexuales, ideas políticas, fe religiosa, aspectos sociales, económicos, etc."[34], concretamente creemos que en el contexto de entrevistas de trabajo al ser vulnerada la intimidad mediante preguntas invasoras de la vida privada, queda expuesto el postulante, en la medida que muchos conceptos que protege la intimidad son los motivos prohibidos, con lo cual vulnerar la intimidad en el contexto de entrevistas abre las puertas a la discriminación; si a esto le sumamos la desigualdad material propia del derecho al trabajo, las posibilidades que el postulante sea discriminado se acrecientan aún más.

CUADRO Nº 2



4. Intento infructuoso del proceso en la tutela del derecho a la intimidad y el principio de no discriminación

Realizadas todas las precisiones anteriores, entramos a definir la problemática que pretendemos resolver. **Qué sucede si el entrevistador (posible empleador o representante del mismo) durante la entrevista de trabajo realiza preguntas al postulante (posible trabajador) no relacionadas con el puesto de trabajo, que afecten el derecho a la intimidad y cuyas respuestas podrían generar una descalificación o no selección basada en motivos discriminatorios.**

(34) GONZALES, Gorki. "El Derecho a la Intimidad y la Informática". En: *Themis*. Nº 26, Época 2, 1993, p. 70.

Como ya mencionamos, durante las entrevistas de trabajo hay dos intereses en juego ambos con fundamentos, por un lado el interés del empleador de obtener toda la información posible que le permita elegir al postulante más capaz. Por otro lado, desde la perspectiva del postulante –quien tiene el interés de conseguir el puesto de trabajo– tratará de desenvolverse en la entrevista de la mejor forma, de tal manera que haga sentir al entrevistador que sería la mejor elección. Es importante señalar que ambos intereses tienen límites, en el primer caso, el entrevistador no puede vulnerar el derecho a la intimidad ni puede excluir postulantes con base en motivos prohibidos. Por otro lado, respecto al interés del postulante encontramos un límite importante: el de veracidad. Tradicionalmente se piensa que el postulante tiene la obligación de transmitir información real y veraz al entrevistador. Nosotros discrepamos parcialmente de esa posición, ya que, consideramos que debemos precisarla. Así, en nuestra opinión efectivamente el postulante debe transmitir información verdadera, pero solo aquella relacionada con el puesto de trabajo; sobre la información solicitada no relacionada con el puesto de trabajo, no debería estar obligado a decir la verdad(35).

Ahora, al hablar de preguntas no relacionadas con el puesto de trabajo nos referimos a preguntas cuya formulación implicaría intromisión en la intimidad del postulante, a manera de ejemplo enunciamos las siguientes: ¿está embarazada?; ¿tiene hijos?; ¿planea casarse?; ¿cuál es su religión?; ¿cuál es su pensamiento político?; ¿es heterosexual?; etc.(36). Como se pudo ver líneas arriba, esta información está protegida por el derecho a la intimidad; sin embargo, eso no evita que en la práctica se realicen; siendo en muchos casos determinantes para la elección de trabajadores. Por otro lado, las preguntas que a manera de ejemplo enunciamos, no tienen que ser así de explícitas sino que pueden ser indirectas, sutiles o matizadas de tal manera que el empleador sin discriminar ni fisgonear abiertamente puede acceder a información personal del postulante, con lo cual estaría transgrediendo el límite mencionado líneas arriba (derecho a la intimidad).

Hacemos hincapié en no olvidar el contexto en el que se producen estas preguntas, ya que, algún lector perspicaz podría argumentar, que bastaría con no responderla haciendo uso del derecho fundamental a la intimidad, pero siguiendo un pensamiento lógico, si un postulante se niega a dar información, lo más probable es que sea descalificado. Entonces, en términos jurídicos, quedarse callado o negarse a responder una pregunta en el contexto de una entrevista tutela el derecho

(35) Este punto será desarrollado en el siguiente epígrafe.

(36) Somos conscientes de que en el caso de empleadores ideológicos la relevancia de estas preguntas puede verse matizada, sin embargo, en el presente trabajo, por cuestiones de espacio, dejamos constancia que no nos referiremos a este tipo de empleadores.

a la intimidad, pero deja desprotegidos los derechos de acceso al trabajo, igualdad de oportunidades y el de no discriminación. Además no olvidemos que ante determinadas preguntas el silencio o negativa a responder, implica una aceptación tacita, así por ejemplo, ante la pregunta ¿está embarazada?, el guardar silencio o negarse a responder podría ser entendido, y en la práctica lo es, como una contestación afirmativa a la pregunta.

Entonces sobre el ejercicio del derecho a la intimidad –como límite a preguntas invasoras– explicado en el párrafo precedente; en nuestra opinión, nos encontramos ante un mecanismo insuficiente una tutela parcial que más que favorecer perjudica, privando a personas que pertenecen a algún grupo históricamente vulnerado accedan a puestos de trabajo a causa de motivos prohibidos.

El otro camino posible, es que ante las preguntas formuladas el postulante diga la verdad, esperando que esos criterios no sean los determinantes para la selección. Este supuesto es poco probable, pero posible. Con lo cual hacemos mención que de suceder no se produciría discriminación, pero si se estaría vulnerando el derecho a la intimidad, ya que, el entrevistador, llegaría a obtener información propia de la esfera personal del postulante, más allá de contratarlo o no.

Por otro lado, si el postulante cumple con todos los requisitos establecidos en la convocatoria y es descalificado a causa de un motivo discriminatorio; ante este supuesto, normalmente nuestro ordenamiento, ha recurrido a la heterocomposición como método de solución de litigios, pasando de la competencia del juez civil que mediante proceso ordinario pueda resolver litigios de discriminación en el acceso a la competencia del juez de trabajo que mediante proceso laboral ordinario haga lo propio[37]. Entonces el afectado podrá acudir a un proceso y solicitar la indemnización correspondiente.

Sin embargo, doctrina nacional, menciona que "[n]o resulta común, encontrar una sentencia que aborde el tema de discriminación en el acceso al empleo, y más difícil es encontrar una que ampare al demandante en este tipo de supuestos.

(37) Lo dicho, se puede apreciar en la Ley Nº 26772 que en su artículo 3, establece que la persona afectada puede optar por la indemnización, su reglamento Decreto Supremo Nº 002-98-TR, especifica en su articulo 9, que la indemnización debería ser proporcional y razonable, sirviendo como parámetro el monto de la remuneración anual ofertada y mediante su artículo 8, atribuía competencia al juez civil para conocer indemnizaciones por discriminación en el acceso al trabajo mediante proceso de conocimiento. El mismo criterio se siguió en la Ley Nº 27270 en lo referente a la indemnización a favor de la persona afectada aumentado la sanción de clausura temporal en perjuicio de la institución discriminante. Finalmente la Ley Nº 29477 - Nueva Ley Procesal Laboral, derogando las leyes que se le opongan estableciendo la competencia del juez de trabajo en proceso ordinario para conocer temas de discriminación.

Posiblemente ello tenga como justificación (...) la falta de medios probatorios para determinar ya sea el motivo o el efecto de la discriminación"[38]

Entonces, si el proceso llegara a ser promovido y ante la dificultad probatoria que padece el postulante, el empleador convocante gozará de una gran ventaja en la medida de que tendrá la posibilidad de volverlo a excluir encubriendo el motivo prohibido de discriminación en algún mecanismo que evidencie causa objetiva de descalificación, llámese test sicológico u otro informe similar.

Pero, ¿qué sucedería si el empleador efectivamente descalificó al postulante en motivos objetivos y pese a ello el trabajador cree que fue discriminado?; ¿cómo podría el juez determinar quien tiene la razón?, en ambos supuestos el elemento que determine causa objetiva tiene un rol probatorio vital, ante ello los jueces siempre o casi siempre terminarán declarando infundadas las demandas (sentenciando que no hubo discriminación), porque, evidentemente el empleador cuenta con mayora material probatorio como el test sicológico o alguna similar que atribuya una causa objetiva distinta al motivo prohibido. Entonces, para dar respuesta a las interrogantes planteadas podemos decir que los intereses de los empleadores normalmente estarán protegidos porque la dinámica del proceso les favorece, ya que tienen mayor facilidad de conseguir medios probatorios, distinto es el caso del postulante que no tiene forma de probar mediante un proceso la existencia de discriminación siendo muy excepcional los casos en los que accede a la indemnización; sobre la segunda interrogante, consideramos que el juez califica en base del material probatorio que actúan las partes y como ya vimos la ventaja recae sobre el empleador convocante[39].

Como es evidente el proceso resulta ineficaz –por decirlo menos– para tutelar estos supuestos; esto se debe a que nuestro ordenamiento jurídico no tutela el problema cuando este esta iniciando (momento de la entrevista donde se formula la pregunta invasora, afectando el derecho a la intimidad), sino que se espera a que se produzca una afectación mayor (afectación al acceso al trabajo y vulneración al principio de no discriminación) para recién intentar tutelar mediante un proceso.

---

(38) TOYAMA MIYAGUSUKU. "Discriminación en las ofertas de empleo". En: *Dialogo con la Jurisprudencia*. Nº 87, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2005, p. 26 / pp. 21-27. Otras posibles causas que expresa el autor son: 1. "[E]l desconocimiento del alcance de este derecho por los postulantes preocupados más por encontrar un trabajo" y 2. "[L]os costos de iniciar y seguir un proceso para una persona sin recursos, pues estamos ante desempleados".

(39) Resulta interesante el denominado "rol activo del juez" que propone la Nueva Ley Procesal del Trabajo, en la medida que el juez podría evaluar el accionar de las partes en el proceso y no depender únicamente de la actividad probatoria para fundamentar su fallo, sin embargo, consideramos que este avance no es suficiente, ya que el material probatorio del que dispone el empleador tiene fuerza muy cercana a la certeza, ya que elimina el motivo prohibido, reemplazándolo por una causa objetiva (test sicológicos, exámenes de conocimientos, entre otros).

Es lamentable ver como en este supuesto "el proceso haya ido olvidando su cometido fundamental: brindar una efectiva tutela a las situaciones jurídicas materiales, para con ello lograr la paz social en justicia. Dicho cometido, además, es la justificación misma de la existencia del proceso, pues sin él el proceso se convertiría en el más inservible e inhumano rito que los hombres hayan creado"(40).

Como si no fueran suficientes razones para entender la ineficacia del proceso en la problemática desarrollada, hacemos hincapié en que, la Nueva Ley Procesal del Trabajo(41), establece en su artículo 2, inciso 1, literal c que los jueces laborales son los competentes para resolver temas de discriminación en el acceso al empleo, pero lo más dramático de esta medida es que se tutela la discriminación mediante proceso **ordinario** laboral, dejando de lado el abreviado, que por un tema de celeridad hubiera sido el más idóneo(42).

Por otro lado, **no** compartimos la interpretación del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo(43), que promociona como un beneficio de la NLPT su artículo 9.1.(44), el cual establece la legitimación extraordinaria, en defensa de la discriminación, de distintas entidades (Ministerio Público, sindicatos, entre otros), ya que, propone una tutela tardía que dificulta al juez un pronunciamiento certero. Quien mejor que el afectado para realizar la demanda, el tiempo que las entidades con legitimación especial se demoran en conocer el caso afectará más los derechos, ya de por sí vulnerados, del postulante.

---

(40) PRIORI POSADA, Giovanni. "La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso". En: *Ius et Veritas*. Año 13, Nº 26, 2003, pp. 273-292.

(41) Ley Nº 29497, Artículo 2.- Competencia por materia de los juzgados especializados de trabajo

Los juzgados especializados de trabajo conocen de los siguientes procesos:

1. En proceso ordinario laboral, todas las pretensiones relativas a la protección de derechos individuales, plurales o colectivos, originadas con ocasión de la prestación personal de servicios de naturaleza laboral, formativa o cooperativista, referidas a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios. Se consideran incluidas en dicha competencia, sin ser exclusivas, las pretensiones relacionadas a los siguientes: (...)

c) Los actos de discriminación en el acceso, ejecución y extinción de la relación laboral.

(42) Véase: ARCE ORTÍZ, Elmer. "La tutela laboral de los derechos fundamentales del trabajador. Una asignatura pendiente en tiempos de reforma". En: *Revista Derecho PUCP*. Nº 68, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2012, pp. 435-448.

(43) MINISTERIO DEL TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. *Beneficios de la nueva ley procesal del trabajo*. <http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/publicaciones/beneficios_nueva_ley_procesal_trabajo.pdf>. Lima, visto el 3 de setiembre de 2012, 3:00 p.m.

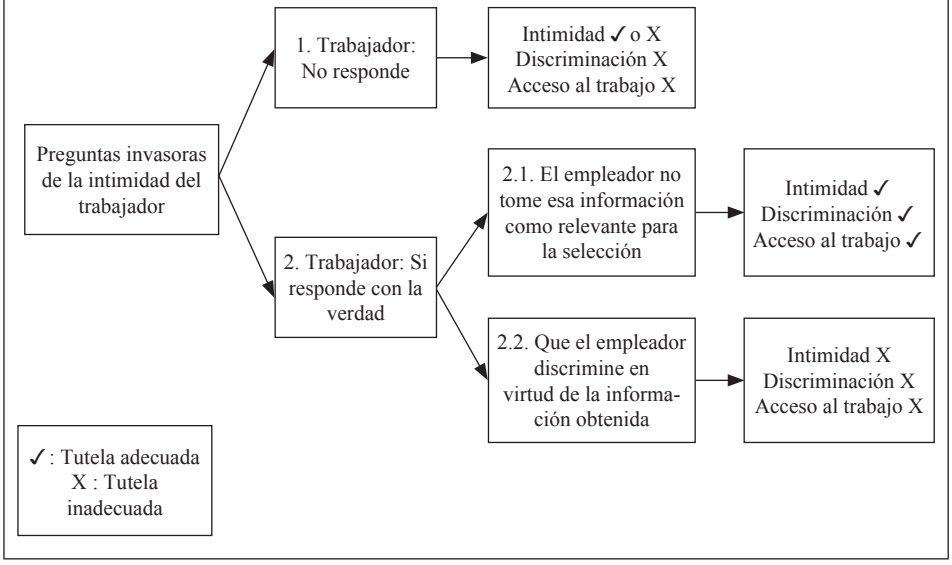
(44) Ley Nº 29497, Artículo 9.- Legitimación especial

9.1 Las pretensiones derivadas de la afectación al derecho a la no discriminación en el acceso al empleo o del quebrantamiento de las prohibiciones de trabajo forzoso e infantil pueden ser formuladas por los afectados directos, una organización sindical, una asociación o institución sin fines de lucro dedicada a la protección de derechos fundamentales con solvencia para afrontar la defensa a criterio del juez, la Defensoría del Pueblo o el Ministerio Público.

Por último, hay quienes dicen que si un postulante es capaz, en términos coloquiales "tiene un buen currículum", el empleador lo contratara sin importar nada, sin duda esta postura es válida, pero en una realidad utópica en la que todos los ciudadanos de un país hayan tenido las mismas oportunidades de educación y capacitación, en un país como el Perú, en donde la educación de calidad sigue siendo un privilegio, plantear posturas como la mencionada no solo demuestra poco conocimiento de la realidad peruana, sino que dicha postura, aumentaría las diferencias existentes entre la masa de trabajadores.

Entonces, como queda demostrado, el actual mecanismo de tutela que ofrece nuestro ordenamiento ante litigios en la etapa precontractual del Derecho del Trabajo es insuficiente; en palabras sencillas, es pura formalidad, ya que, a nuestro entender, no tutela el problema de fondo. Esto se debe a que no se ha reflexionado ni analizado la naturaleza propia de este litigio y en virtud de ello elegir el método de solución más idóneo. Simplemente se cayó en el facilismo de darle responsabilidades al método de solución de conflictos por antonomasia (el proceso) el cual por sus propias características no puede tutelar la problemática planteada en estas líneas. Sobre la base de las ideas vertidas en este subcapítulo, planteamos el siguiente esquema:

CUADRO Nº 3



V. AUTOTELA FORMA IDÓNEA PARA GARANTIZAR DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL DE LA RELACIÓN LABORAL - DERECHO A MENTIR

Defendemos la tesis de que el trabajador puede faltar a la verdad cuando se le haga preguntas invasoras de la intimidad, porque, este tipo de preguntas, no solo vulnera ese derecho sino que también abre las puertas a la discriminación y siendo la relación laboral desigual desde sus orígenes, este nuevo desbalance es antinatural al Derecho del Trabajo, porque acrecienta la desigualdad material

1. Autotutela: construcción del concepto y forma de aplicación

A partir de lo expuesto en el epígrafe III, 2, creemos importante construir un concepto propio de autotutela, así consideramos que esta debe estar permitida por responder al *ejercicio de un derecho*, como lo son el de la intimidad y el principio de no discriminación, ya que, al no existir mecanismo idóneos que eviten la vulneración de este último, la afectación del derecho a la intimidad, traerá como consecuencia inmediata la vulneración del principio de no discriminación. Salvo evidentemente, que confiemos en la moralidad, como ente que regule el comportamiento humano, la misma que fue descartada por el mismo Carnelutti(45) prefiriendo al Derecho como ente encargado de facilitar soluciones a los litigios.

Creemos que, pese a que la autotutela es resistida por el Derecho, en este caso en concreto, sí se debe permitir su empleo por dos motivos: (i) el Estado, peruano, pese a haber ratificado el convenio 111 de la OIT, no ha implementado políticas ni medios de soluciones efectivos para el cumplimiento del principio de no discriminación.

En el mismo sentido Calamandrei, considera que la autodefensa (léase autotutela), es propio de civilizaciones sin evolucionar, que lo lógico es que el Derecho la prohíba y no la permita; sin embargo, "la prohibición de la autodefensa no puede ser prácticamente operativa sino en cuanto, casi **como compensación de tal prohibición, el Estado ofrezca para reaccionar contra el atropello medios más fuertes y eficaces que la fuerza privada**"(46), como ya explicamos, es-

(45) Carnelutti se refiere a la moralidad como solución de conflictos en los siguientes términos: "exige una evolución tan avanzada de los hombres, que en el estado actual de la civilización no solo no cabe contar con ella, sino ni siquiera prever cuándo se podrá confiar en la misma". CARNELUTTI, Francesco. Ob. cit., p. 17.

(46) CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil. Según el nuevo código*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962, pp. 225-226. (el resaltado es nuestro).

tos medios no se dan en la realidad peruana, con lo cual el Estado no está cumpliendo con el rol democrático de asegurar los derechos fundamentales

El otro punto, es que (ii) postulamos una autotutela racional, es decir, no defendemos una autotela abiertamente agresiva; en otras palabras, no afecta de forma grave derechos de la contraparte, ya que, no amparamos la idea de que el postulante coaccione mediante la fuerza al empleador buscando ser contratado, sino que consideramos necesario que en supuestos no relacionados con el puesto de trabajo el trabajador pueda faltar a la verdad en defensa de sus derechos fundamentales.

Alguien podría decir que se está afectado la capacidad de elección que tiene el empleador, sin embargo, reiteramos que la autotutela que planteamos tiene el límite importante de no mentir sobre información relacionada con el puesto de trabajo.

Ahora quién decide que información está relacionado con el puesto de trabajo y cuál no la está; nosotros consideramos que la naturaleza de la autotutela nos lleva a responder que es el trabajador –en la medida que vea afectada su intimidad– el que lo determine, sin embargo, en defensa de los intereses del empleador podemos establecer que bajo determinados criterios no se puede faltar a la verdad; por ejemplo: experiencia profesional, conocimientos de idiomas, conocimientos de informática, capacitaciones y centros de estudios de los mismos, somos absolutamente conscientes que algunos de los criterios mencionados también podría llevar a la discriminación, sin embargo, consideramos igual de importante dar un piso mínimo de seguridad al empleador, quien recordemos también tiene un interés legítimo en juego.

Finalmente, creemos que la autotutela planteada, en un corto plazo, servirá de incentivo al empleador a no hacer preguntas violatorias de la intimidad del postulante y a largo plazo podrá ir desterrando aquellos antiguos, pero, infundados prejuicios que actualmente impiden el ingreso a personas a un puesto de trabajo, por el solo hecho de pertenecer a un colectivo determinado –por ejemplo, el colectivo embarazadas– y/o tener pensamientos distintos –por ejemplo, dirigentes sindicales–.

2. Función social de la mentira

Por temas de extensión, nos limitaremos a dar a un planteamiento muy general de lo que entendemos por función social de la mentira.

Primero que nada debemos desterrar aquel viejo antagonismo, que recita que toda verdad es buena y toda mentira es mala, postura radical que mantuvo Kant, quien por ejemplo llega a la conclusión de que todo tipo de mentira es mala

en tanto ofende el deber moral absoluto, el cual supone una "traición a la dignidad humana"[47]; sin embargo, Nietzsche opina, básicamente, que todo lo que entendemos como verdad es una mentira consensuada de alcance amplio[48], con lo cual a nuestro entender podemos consensuar y admitir "nuevas verdades" que permitan la protección de derechos, he allí donde reside la causa del consenso.

Más concretamente, nosotros creemos que la mentira cumple una función similar a la del Derecho, que es la de facilitar a los hombres la vida en sociedad. El gran problema es que sobre la mentira existe un tema de gradualidad, así existen mentiras permitidas socialmente –son aquellas que no vulneran ningún derecho o interés tutelado del engañado o lo vulneran de una manera mínima casi imperceptible– y mentiras condenadas socialmente –son aquellas que vulneran, de una forma significativa, derechos o intereses tutelados o están encaminadas a hacerlo–.

Un ejemplo, de una mentira permitida socialmente, es decir, a los niños que la cigüeña trae a los bebes y una mentira condenada, seria por ejemplo la calumnia. Evidentemente, entre una y otra existe una zona gris que complejiza el tema, pero que no la expondremos porque consideramos, que no resulta oportuna en esta ocasión.

Sin embargo, debemos dejar en claro que la autotutela que proponemos debe ser entendida como una mentira aceptada socialmente, ya que busca la defensa de derechos fundamentales y no vulnera derecho alguno, solo limita el rango de preguntas realizadas por el empleador, en el contexto de una entrevista de trabajo.

VI. BUENA FE LABORAL COMO LÍMITE A LA AUTOTUTELA DE ACCESO AL TRABAJO (DERECHO A MENTIR)

Después de todo lo expuesto, algún lector perspicaz podría contraargumentar, diciendo que se vulnera la buena fe laboral, cuando el postulante falta a la

(47) LYNCH, Michael. *La importancia de la verdad, para una cultura pública decente*. Traducción de Pablo Hermida Lazcano, Paidós, Barcelona, 2005, pp. 183-245.

(48) NIETZSCHE, Friedrich. *Sobre verdad y mentira en sentido extramoral*. Traducción de Luis Valdés y Teresa Orduña, Tecnos, Madrid, 2007. pp. 17-38. Concretamente en la p. 25, el referido autor, menciona: "¿Qué es entonces la verdad? Una hueste en un movimiento de metáforas, metonimias, antropomorfismos, en resumidas cuentas, una suma de relaciones humanas que han sido realzadas, extrapoladas y adornadas poéticamente y retóricamente y que, después de un prolongado uso, un pueblo considera firmes, canónicas y vinculantes; **las verdades son ilusiones de las que se ha olvidado que lo son**; metáforas que se han vuelto gastadas y sin fuerza sensible, monedas que han perdido su troquelado y no son ahora ya consideradas como monedas, sino como metal" (el resaltado es nuestro).

verdad a su potencial empleador, sin miedo a contradecirnos, aceptamos la aplicación del principio de buena fe así como de todos los principios propios del Derecho del Trabajo dentro de la etapa precontractual. Sin embargo, consideramos que no hay quebrantamiento de la misma, ya que es el empleador convocante (léase entrevistador) con la formulación de preguntas que atentan contra la intimidad del postulante, el que pone al postulante en la situación de ejercer la autotutela. Dicho de otro modo, no se ocultaría información alguna si es que el empleador se limita a la realización de preguntas pertinentes y que guarden relación directa con el puesto de trabajo al que se está postulando.

Profundizando un poco en el tema, consideramos que si los trabajadores, son despedidos por el hecho de haber faltado a la verdad sobre aspectos no relacionados con el puesto de trabajo este despido sería arbitrario. Esto no quiere decir que haya una estabilidad laboral absoluta, ya que quedan abiertas las causas válidas de despido, como son por razones de capacidad y de conducta del trabajador.

Nos explicamos mejor mediante un ejemplo: una mujer embarazada de tres meses que es consciente de su estado, pero falta a la verdad durante la entrevista y al cumplir con los requisitos para el puesto es contratada. Con el pasar de los meses su estado se hace evidente ante el empleador, quien la despide argumentando, quebrantamiento a la buena fe laboral[49], porque le "mintió" durante la entrevista. Este despido es a todas luces arbitrario, ya que la conducta de faltar a la verdad no causo perjuicio alguno al empleador, peor aún el cambio de parecer repentino del empleador, de contratarla –cuando desconocía su especial estado– y despedirla –cuando tomo conocimiento del mismo–, nos genera un fuerte indicio de que hay un trasfondo discriminatorio.

Ahora, en el literal d) del artículo 25 del Decreto Legislativo Nº 728 se establece como falta grave que el trabajador dé "(...) información falsa al empleador con la intención de causarle perjuicio u obtener una ventaja (...)", debemos precisar que para que este literal esté en armonía con la Constitución –concretamente respete el derecho a la intimidad y el principio de no discriminación– debe ser entendido, en el sentido de que es falta grave aquella información falsa relativa al puesto de trabajo y que no sea producto de una pregunta invasora de la intimidad del postulante. De lo contrario, podríamos llegar al absurdo de amparar un despido producto de la defensa del derecho a la intimidad.

(49) Decreto Legislativo Nº 728. Artículo 25, literal a).

Entonces la buena fe es un principio que, a nuestro entender, irradia tanto la etapa precontractual como la etapa contractual. En ese sentido, creemos que este principio implica que ambas partes deben comportarse respetuosas del interés de la contraparte sin generarle daño alguno, esto siempre que no implique un sacrificio o afectación relevante del interés propio.

En palabras sencillas, la buena fe no puede implicar que una parte acepte una afectación relevante, con tal de salvaguardar el interés ajeno, sino que lo que se busca es que haya respeto hacia ambos intereses por ambas partes. Como hemos tratado de demostrar –durante todo el trabajo– cuando el postulante falta a la verdad, no atenta contra el interés del empleador, porque lo hace sobre información no relevante al puesto de trabajo y en protección de sus derechos a la intimidad y no discriminación. Por su parte, creemos que si hay una afectación a la buena fe cuando el empleador convocante realiza preguntas que invaden la intimidad del postulante.

VII. REFLEXIONES FINALES

No ha sido, finalidad del presente trabajo dar por terminada o concluida la investigación al respecto de los puntos planteados, ya que somos perfectamente consientes de que varios temas –por cuestiones de extensión– se han quedado en el tintero. Sin embargo, humildemente, consideramos importante las ideas aquí vertidas, ya que, traemos a discusión un tema poco tratado en la doctrina nacional, con la finalidad de fomentar el debate al respecto. En ese sentido, resaltamos la importancia de las siguientes ideas:

Existen distintos mecanismos de solución de conflicto los cuales pueden tener distintos grados de efectividad en la tutela de derechos.

El proceso resulta ser poco efectivo para tutelar temas de discriminación, lo cual no significa su exclusión en el ámbito jurídico, sino que concretamente sobre temas de discriminación en acceso al trabajo no es pertinente.

La doctrina jurídica considera que la autotutela debe ser restringida, sin embargo, debemos resaltar su importancia en la defensa de derechos que bajo determinadas situaciones encuentran en ella la tutela idónea.

Consideramos y defendemos la tesis que el postulante esta facultado a faltar a la verdad en defensa de su derecho a la intimidad y del principio de no discriminación, pero únicamente sobre información no relacionada al puesto de trabajo.

Creemos que este ejercicio no vulnera el interés legítimo del empleador, en la medida en que el postulante no podrá mentir en temas relacionados con el empleo, así por ejemplo, sobre su formación educativa, experiencia profesional, conocimientos de idiomas e informática.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto.

1970 *Proceso, autocomposición y autodefensa*. UNAM, México.

ARCE ORTÍZ, Elmer

2012 "La tutela laboral de los derechos fundamentales del trabajador. Una asignatura pendiente en tiempos de reforma". En: *Revista Derecho PUCP*. Nº 68, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2012.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos.

2007 *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel.

2008 *Manual de Derecho Penal*. EDDILI, Lima.

CALAMANDREI, Piero.

1962 *Instituciones de Derecho Procesal Civil. Según el nuevo código*. Traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.

CARNELUTTI, Francesco.

1944 *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Vol. 1, Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Uteha, Buenos Aires.

CHIAVENATO, Idalberto.

2009 *Gestión del talento humano*. McGRAW-HILL / Interamericana Editores S.A., México D.F.

ERMIDA URIARTE, Óscar.

2005 "Ética y Derecho del Trabajo". En: *Ius et Veritas*. Año 15, Nº 30, 2005.

ERMIDA URIARTE, Óscar.

2011 "Protección, igualdad, dignidad, libertad y no discriminación". En: *Revista Derecho & Sociedad*. Año XXII, Nº 37, 2011.

FLINT BLANCK, Pinkas.

1998 *La revolución del derecho de seguros y del Derecho Laboral. Derecho y genética: El proyecto genoma humano*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima.

GONZALES MANTILLA, Gorki.

1993 "El Derecho a la Intimidad y la Informática". En: *Themis*. Nº 26, Época 2.

JIMÉNEZ GUZMÁN.

2007 "Evolución histórica y conceptual del derecho de la vida privada". En: *Revista de los Tribunales Agrarios*. Año IV, Segunda época, mayo-agosto de 2007. Colección de revistas disponibles en línea. <http://www.tribunalesagrarios.gob.mx/wp/?page_id=101>.

LYNCH, Michael.

2005 *La importancia de la verdad, para una cultura publica decente*. Traducción de Pablo Hermida Lazcano, Paidós, Barcelona.

MARTÍNEZ ROCAMORA, Luis.

1998 *Decisiones empresariales y principio de igualdad*. Cedecs, Barcelona, 1998.

MINISTERIO DEL TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO.

2010 *Beneficios de la nueva ley procesal del trabajo*. Lima. Visto 3 de setiembre de 2012, 3:00 pm. <http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/publicaciones/beneficios_nueva_ley_procesal_trabajo.pdf>.

MONTOYA MELGAR, Alfredo.

2009 *Derecho del Trabajo*. Tecnos, Madrid.

NEVES MUJICA, Javier.

2009 *Introducción al Derecho del Trabajo*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima.

NIETZSCHE, Friedrich.

2007 *Sobre verdad y mentira en sentido extramoral*. Traducción de Luis Valdés y Teresa Orduña, Tecnos, Madrid.

OVALLE FAVELA, José.

1996 *Teoría general del proceso*. 3ª ed., Harla S.A., México D.F.

PACHECO ZERGA, Luz.

2006 "El poder de control empresarial y el respeto a la intimidad en la utilización de los recursos electrónicos". En: *Laborem 6*. Año 2006.

PODER JUDICIAL. Gerencia General.

2011 *Estadísticas de la función jurisdiccional a nivel nacional periodo: Enero - Junio 2011*. p. 3. Resaltado y subrayado nuestro. Lima Visto 3 de setiembre de 2012, 3:00 pm. <http://historico.pj.gob.pe/imagen/documentos/..%5C..%5CCorteSuprema%5Cdocumentos%5CESTADISTICAS_JURIS_1_SEMESTRE_2011_130911.pdf>.

PRIORI POSADA, Giovanni.

2003 "La efectiva tutela Jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso". En: *Ius et Veritas*. Año 13, Nº 26.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo.

2002 "El principio de autotutela en el Derecho del Trabajo español". En: *Themis.* Nº 45, Época 2.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ.

2010 Exp. Nº 03052-2009-PA/TC.

2004 Exp. Nº 02562-2002-AA/TC.

2005 Exp. Nº 06712-2005-HC/TC.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge.

2005 "Discriminación en las ofertas de empleo". En: *Diálogo con la Jurisprudencia.* Nº 87, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2005.

LA RESPONSABILIDAD DEL GRUPO EMPRESARIAL FRENTE A LAS DEUDAS LABORALES DE UNA EMPRESA QUE LO INTEGRA

Carlos Alfredo Martínez Álvarez

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 59 de nuestra Carta Magna establece que: "**El Estado** estimula la creación de riqueza y **garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa**, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades".

La norma constitucional antes glosada consagra como derechos esenciales de nuestro régimen económico a la libertad de trabajo y libertad de empresa, imponiendo al Estado el deber de garantizar su eficacia y, muchas veces, a través del órgano jurisdiccional, ponderarlos cuando entren en conflicto. Ello debido a que, si bien estos derechos se encuentran íntimamente vinculados, pues ambos convergen en el fenómeno económico de la empresa, donde el trabajador es un componente esencial de esta(1); ello no evitará que se susciten en la cotidianeidad

(1) La empresa como fenómeno factual consta de tres elementos interdependientes entre sí, los cuales a saber son: La actividad mercantil (conducta), los bienes (medio instrumental) y la comunidad de trabajadores (sujeto). Como bien enseñó Torres y Torres Lara ("Hacia una conceptualización y regulación de la empresa en el Perú". En: *Testimonio Empresarial*. Asesoramiento Publicaciones, Lima, 2002, p. 248 y ss.) "la actividad mercantil de una persona al modo del antiguo comerciante no da origen a lo que se conoce actualmente como una empresa. El conjunto de bienes, activos, máquinas, terrenos, edificios y oficinas, sin actividad y sin trabajadores, tampoco es una empresa. Son bienes en un depósito o bienes sin función. Un grupo de trabajadores, incluso una organización humana bien estructurada pero sin bienes y especialmente sin actividad mercantil tampoco es una empresa".

diversos conflictos entre los titulares del derecho al trabajo y a la libertad de empresa (trabajador-empresario) toda vez que, si bien estos se necesiten mutuamente se encuentran, por lo general, en situaciones antagónicas: frente al empresario que busca maximizar sus ganancias, se encuentra el trabajador que aspira a un empleado en las mejores condiciones posibles y bajo un régimen de estabilidad y seguridad jurídica.

Esta posición antagónica que existe entre el trabajador y la empresa se ha visto en las últimas décadas aumentada con las nuevas formas de organización empresarial que emergen como consecuencia de la globalización y las necesidades económicas, lo que ha provocado que la calidad de empleador (empresario) se diluya, muchas veces, en perjuicio de los derechos del trabajador. Sin embargo, estos cambios de la organización empresarial que se sustentan en la maximización de recursos afectan el lado neurálgico del derecho al trabajo, lo que no puede permitirse debido a su carácter tuitivo; siendo que, parafraseando al doctrinario Américo Plá Rodríguez(2), "[si bien] el derecho al trabajo está cambiando de sitio, siempre que nos encontremos ante una relación subordinada en régimen de ajenidad, se debiera aplicar el principio de primacía de la realidad, para evitar la desnaturalización de la relación laboral".

Teniendo en consideración lo antes expuesto, que nos sirve como directriz para el desarrollo del presente artículo, debemos ya señalar que de todos los posibles conflictos que se pueden suscitar entre la libertad de trabajo y la libertad de empresa producto de las nuevas formas de organización empresarial, se ha creído conveniente abordar, por su actualidad e importancia, el referido a la problemática de la responsabilidad del grupo empresarial frente a los adeudos laborales de una empresa que lo integra. Toda vez que, perfilando lo que se expondrá más adelante, si bien las empresas que conforman un grupo empresarial actúan bajo una dirección unificada, cuya máxima sería el llamado "interés grupal", formalmente cada empresa existe como una persona jurídica distinta de las demás del grupo. En ese sentido, la autonomía jurídica que mantienen las empresas que integran un grupo empresarial permitiría suponer, por tomas solo un ejemplo, que la responsabilidad derivada del incumplimiento por el pago de adeudos laborales de una empresa no alcance –no haga responsables– a las demás empresas del grupo al cual pertenece, pese, inclusive, a que el trabajador a prestado servicios indistintamente a las demás empresas del grupo o en beneficio del interés grupal,

(2) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. "Personas protegidas, aseguradas y beneficiarios". En: AA.VV. *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. AIBDTSS y ANAM, México, 1997, p. 658.

tergiversándose de esta manera la relación formal con la relación real que subyace entre el trabajador y empleador.

II. EL GRUPO EMPRESARIAL COMO MANIFESTACIÓN LÉGITIMA DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA

El Tribunal Constitucional ha señalado que "la libertad de empresa, consagrada por el artículo 59 de la Constitución, se define como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios (…) Consecuentemente, **dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la Constitución y la ley** –siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan del interés público, el bien común, la seguridad, la higiene, la moralidad o la preservación del medio ambiente–, **y tal ejercicio debe respetar los diversos derechos de carácter socioeconómico que la Constitución reconoce**"(3). En este sentido tenemos que, siguiendo al profesor español Javier Pérez Royo, "al consagrarse a nivel constitucional el derecho a la libertad de empresa el constituyente opta por un sistema económico en donde el proceso productivo y la consiguiente satisfacción de las necesidades individuales y sociales se confía de manera general y en primera instancia a la iniciativa privada, (...) [Sin embargo] tal iniciativa está subordinada a las exigencias de la economía general"(4).

Siguiendo la línea trazada se debe advertir que el derecho a la libertad de empresa contiene, a su vez, múltiples manifestaciones, las que pueden ser clasificadas en cuatro dimensiones básicas(5):

a) **Libertad de creación de empresas y libertad de acceso al mercado**: referido a libertad de emprender actividades económicas, de fundar empresas y de acceder al mercado de bienes y servicios. Sobre el particular Walter Gutiérrez Camacho expone que, "esta libertad garantiza el derecho que posee el propietario del capital para

(3) STC Exp. Nº 0008-2003-AI, f. j. 26 d, y STC Exp. Nº 0001-2005-PI, f. j. 45. También se puede leer en: KRESALJA, Baldo y OCHOA, César. *Derecho Constitucional Económico*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2009, p. 451.

(4) PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 7ª ed., Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2000, p. 563.

(5) Ver: STC Exp. Nº 3330-2004-AA/TC, f. j. 13.

colocarlo en el sector económico que estime conveniente y adecuado a sus intereses"[6].

b) **Libertad de organización del empresario:** esta manifestación del derecho a la libertad de empresa contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros[7]. En este sentido, la libertad de organización importaría "la facultad otorgada al empresario para determinar sus objetivos empresariales y, en función de ellos, decidir la manera de combinar los elementos materiales e inmateriales de la empresa"[8].

c) **Libertad de dirección de la empresa:** se refiere a la libertad de tomar decisiones, de como se ha de competir en el mercado libre, en suma, de fijación de una política o estrategia comercial.

d) **Libertad de cierre de la empresa:** es la libertad inversa a la de creación de empresas. De esta forma, la libertad de empresa contiene también un derecho de signo negativo, consistente en la facultad que tiene el titular del derecho de dejar de hacer empresa; claro está, respetando los procedimientos establecidos por Ley y los intereses que existen en torno a la empresa (de los denominados "*Stakeholders*").

Como se puede apreciar, la libertad de empresa supone un conjunto de derechos que la perfilan y le dan contenido; estando su núcleo duro conformado por las libertades de creación, organización, dirección y cierre de la empresa. La esencia de este derecho se encuentra en estas libertades, porque sin ellas no solo se desdibuja, sino se vacía de contenido. Sin ellas no hay posibilidades de actividad empresarial alguna, lo que no quiere decir que el Estado no pueda relativizar razonablemente estas facultades, sino que no puede limitarlas en base a argumentos arbitrarios que contravengan el orden legal.

Entrando al quid del presente apartado tenemos que, los grupos empresariales se presentan como una verdadera evolución en la forma de hacer empresa,

(6) GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. "Libertad de empresa, libertad de comercio, libertad de trabajo". En: *La Constitución Comentada (Tomo I)*. Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 59.

(7) BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. "Constitución y libertad de empresa en su manifestación de libre acceso al mercado". En: *Los Derechos Fundamentales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 448.

(8) GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. Ob. cit., p. 419.

toda vez que, estas superestructuras permiten la disminución de los costos y riesgos que implica participar en el mercado, de tal forma que se pueda hacer frente de manera más eficiente a las necesidades que este impone a sus actores, tal y como explican los economistas Greenwald, B. y Stiglitz, J.[9], los grupos de empresas permiten a aquellas que tienen necesidades de financiación conseguir el capital interno disponible dentro de las empresas con las que se concentran, superando así las dificultades que pueden tener para lograr esta financiación a través del mercado externo de capitales. En este sentido, no existirá duda alguna en aseverar que los grupos de empresas son una manifestación legítima del derecho a la libertad de empresa, el cual implica la libertad de "poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestaciones de servicios para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios"[10].

De las ideas antes esgrimidas se puede colegir, que los grupos empresariales son el resultado del ejercicio del derecho a la libertad de empresa consagrado por nuestra Constitución como derecho fundamental del orden económico, siendo la legitimidad de los grupos empresariales apreciada como un dato previo a estos, lo que impide que su sola existencia sea objeto de sospechas que nos lleven a imponer un régimen de responsabilidad que a la larga no haga más que limitar de forma desproporcional el derecho a la libertad de empresa. Lo que se trata es de dar soluciones que permitan sopesar los diversos derechos e interés que existe dentro del fenómeno económico, jurídico y social de la empresa, entre ellos, los derechos de los trabajadores.

III. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LOS GRUPOS EMPRESARIALES: UN FENÓMENO ECONÓMICO-JURÍDICO

Los grupos empresariales implican un fenómeno de concentración empresarial con valiosos resultados económicos: permite reducir costos, optimizar beneficios y captar mercados logrando la denominada economía de escala[11]; no obstante ello, definirlos no ha sido una labor pacífica en la doctrina[12] ni en la jurisprudencia. Nótese que a partir de la definición que sobre tal fenómeno económico se

(9) GREENWALD, B. y STIGLITZ, J. "Financial market imperfections and business cycles". En: *Quarterly Journal of Economics*. Febrero, 1983, pp. 77-114.

(10) STC Exp. Nº 7339-2006-AA/TC, f. j. 53.

(11) FAVIER DUBOIS, Eduardo (padre) y FAVIER DUBOIS, Eduardo (hijo) "El grupo de sociedades. Panorama societario y concursal". En: *Revista de Doctrina Societaria*. Nº 258. Editorial Errepar, Argentina, 2009, p. 510.

(12) Sobre el particular ver: MANÓVIL, Rafael. *Grupos de sociedades en el Derecho comparado*. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 163 y ss.

realice, se podrá iniciar un adecuado estudio de la problemática jurídica que deriva de su actuación.

En este sentido, la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional –conocida por sus siglas CNUDMI– fue la institución encargada de recopilar las definiciones que existen en el derecho comparado entorno a los grupos empresariales; debiendo destacar de todas ellas la esgrimida en el caso Walker Vs. Wimbourne (Australia, 1976), en donde se detalla que "(...) la palabra Grupo suele denotar una configuración de varias empresas ligadas por una red común o interconectada de participaciones en el capital social, y a la vez sujetas a un control unificado o a una capacidad de controlar" (13).

A nivel nacional, el Tribunal Constitucional define a los grupos empresariales como aquel "(...) conjunto de personas que desarrollan actividad empresarial en el mercado compartiendo una única estrategia"(14). Por su parte, el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, siguiendo al jurista nacional Oswaldo Hundskopf, señala que "(...) cuando hablamos de grupos de empresas nos estaremos refiriendo a uniones de empresas que conservan por lo menos su individualidad formal aunque en algunas ocasiones no en aspecto funcional, en donde prima una relación de subordinación–dependencia, que se ejerce sometiéndolas a una dirección unificada"(15).

Pese a la claridad de las definiciones brindadas, quien escribe se ha arriesgado a esbozar la siguiente definición: "Por grupo empresarial debe entenderse a la unión sin pérdida de la personalidad jurídica de dos o más empresas, las que actuando bajo una dirección unificada buscan suplir las deficiencias que puedan tener y, así, hacer frente de forma conjunta a las exigencias que plantea el mercado actual".

De todo lo anterior podemos colegir, básicamente, dos cuestiones fundamentales en torno a los grupos empresariales. Primero, que los grupos empresariales desde un punto de vista económico implican unidad, a razón que, surgen como "empresa policorporativa"(16) rompiendo aquel esquema jurídico tradicional que

(13) Para mayor información ver: CUBILLOS GARZÓN, Camilo. "Parámetros a seguir de los grupos empresariales: Sistema anglosajón y continental". En: *Revista E-Mercatoria*. Volumen 6, Numero 1, Colombia, 2007, p. 33 y ss. Disponible en: <http://www.emercatoria.edu.co/>.

(14) STC Exp. Nº 0072-2004-AA/TC, en: *Enciclopedia Jurisprudencial de las Instituciones del Derecho Civil y Comercial*. Editorial RAE, p. 330.

(15) Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Resolución Nº 743-2003. TC-S1; en: *Enciclopedia Jurisprudencial de las Instituciones del Derecho Civil y Comercial*. Ob. cit., p. 330.

(16) PAZ-ARES, Cándido. "Uniones de empresas y grupos de sociedades", citado en: Uría, Rodrigo y Menéndez, Aurelio . *Curso de Derecho mercantil*. Civitas, Madrid, 1999, p. 1329.

se caracterizaba por la actuación individual, aislada e independiente de las empresas[17]; tal y como afirma Ferri, "la empresa permanece económicamente única, porque única es la fuente financiera, unitaria y unitariamente concebida es la mente directiva que se realiza a través de las singulares operaciones (...)"[18]. Segundo, que los grupos empresariales desde un punto de vista jurídico denotan pluralidad, en la medida que, las empresas que lo integran mantienen su autonomía jurídica, pese a que estas se deben conducir de acuerdo a las directrices que se establezcan al interior del grupo. Es por ello que la doctrina española señala que, al conformarse los grupos empresariales mediante mecanismos de dependencia y dirección unitaria, estarían contradiciendo frontalmente ese inveterado principio de independencia jurídica del derecho de sociedades[19].

He ahí la importancia de los grupos empresariales en el mundo del Derecho y lo que convierte a estos en un fenómeno económico-jurídico cuyo tratamiento es ineludible si se quiere proteger los diversos intereses que se encuentran en juego dentro de estas estructuras empresariales, entre ellos, los derechos de sus trabajadores.

IV. PRESUPUESTO Y ELEMENTOS PARA LA FORMACIÓN DE UN GRUPO EMPRESARIAL

1. Autonomía jurídica de las empresas (presupuesto)

Los grupos empresariales son considerados como un fenómeno de concentración empresarial en pluralidad, pues, si bien las empresas que deciden concentrarse no presentan una autonomía económica o real, formalmente cada una existe como una persona jurídica distinta de las demás del grupo manteniendo su capacidad de obrar inalterada[20], es decir, son jurídicamente autónomas. En esa línea manifiesta Echaiz Moreno que las empresas agrupadas "(...) conservan su propio objeto, denominación, titular o titulares, cartera de clientes, cuentas bancarias y

(17) HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. "El Contrato de Grupos. Razones para regular los grupos de empresas bajo un contrato". En: *Derecho Comercial - Temas societarios*. Tomo IV, Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 2007, p. 149.

(18) FERRI, Giusseppe. *La Riforma delle socitá per azione secono la legge*. Citado en: Montiel Fuentes, Carlos. "Acercamiento al concepto de grupos empresariales: Concurrencia de elementos para su existencia". En: *Revista E-Mercatoria*. Volumen 8, Numero 1. Colombia, 2009, p. 5. Disponible en: <http://www.emercatoria.edu.co/>.

(19) FERNÁNDEZ MARKAIDA, Idota. *Los Grupos de Sociedades como forma de organización empresarial*. Editorial de Derecho Reunidas, Madrid, 2001, p. 154 y ss.

(20) EMBID IRUJO, José. *Concentración de empresas y Derecho de cooperativas*. Editorial de la Universidad Murcia, España, 1992, p. 34.

la titularidad de todo derecho que legal o contractualmente le corresponda, pero –en contrapartida– también mantiene las obligaciones contraídas, bien sea contractuales, laborales, fiscales, societaria o de otro índole"[21]. Como se puede apreciar, la autonomía jurídica de las empresas es un presupuesto de la conformación del grupo empresarial, toda vez que, es un dato previo a la formación del mismo.

Sin embargo, y a diferencia de lo señalado por el destacado autor nacional antes citado, la autonomía jurídica que mantienen las empresas de un grupo empresarial tampoco puede llevarnos a señalar que estas siempre deben conservar una identidad a la hora de responder por sus actos, sino que, se debe tener en cuenta criterios que permitan identificar la responsabilidad entorno a la actuación de la empresa dominante en las empresas dominadas. Más aún si se tiene en consideración que, como manifiesta el jurista argentino Favier Dubois, "la posición de control y dominación por parte de una empresa, y de subordinación y dependencia por otras, puede tener importantes derivaciones jurídicas, particularmente en cuando si dicha situación puede llevar al vaciamiento de una empresa en beneficio de otra y en perjuicio de los socios, acreedores y trabajadores de la primera"[22].

Si bien la autonomía jurídica de las empresas es el factor determinante para la formación de un grupo empresarial, pues permite la diversificación de los riesgos que conlleva el ingresar a un mercado; tal autonomía –formal y no real– tampoco puede convertirse en un muro que impida sancionar y hacer responsables a quienes buscan mediante estas estructuras de empresas la satisfacción de intereses intolerables para el ordenamiento jurídico.

2. Relación de control de la empresa dominante respecto de las dominadas (elemento)

En la doctrina comparada no existe consenso, aún, en torno a si el control debe ser efectivamente ejercido[23] o si debe ser un control potencial, que no suponga el ejercicio de quien controla[24]; sin embargo, quien escribe se adhiere a la primera postura, a razón de que solo si el control es efectivo se podrá concretizar el último presupuesto para la formación de un grupo empresarial, me refiero a la dirección unificada. Además, esta postura es la que adopta nuestro ordenamiento

(21) ECHAIZ MORENO, Daniel. *Derecho Societario*. 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 45.

(22) DUBOIS, Favier. "La representación social por apoderado y los contratos intergrupales". En: *Revista Doctrina Societaria*. Editorial Errepar, Argentina, 1997, p. 319.

(23) FERNÁNDEZ MARKAIDA, Idota. Ob. cit., p. 161.

(24) BUENO MAGANO, Octavio. "Grupos Económicos Nacionales y Multinacionales. Su Responsabilidad en cuanto a los derechos de los trabajadores". En: Bueno Magano, Gustavo; Bueno Lozano, Nestor y Alburquerque, Rafael. *Los Grupos de Empresas Nacionales y Multinacionales y el Derecho de Trabajo*. Editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982, p. 53.

jurídico, puesto que, el artículo 9 de la Resolución SBS Nº 445-200 de fecha 6 de julio de 2000, expedida por la Superintendencia de Banca y Seguros, dispone que: "Se considera control a la influencia [no dice: posibilidad de influir] preponderante y continua en la toma de decisiones de los órganos de gobierno de una persona jurídica".

Con relación a lo antes escrito, podemos concluir que el control de la empresa dominante respecto de las dominadas implica las siguientes características: (i) el control debe ser efectivo y no potencial; (ii) el control debe ser permanente, de tal forma que se distingan plenamente aquellas situaciones de dominio puntual o transitorio que nacen casual y coyunturalmente sin vocación de permanencia y que dependen de factores ocasionales[25]; y (iii) el control debe implicar un dominio, entendido este como el poder que posee la empresa dominante sobre las dominadas para que estas últimas cumplan con los lineamientos del grupo.

Prosiguiendo con la línea argumentativa del presente artículo tenemos que, el control de la empresa dominante puede ser, principalmente, aunque no de manera restrictiva, de las siguientes formas:

- **Control accionario o de capital:** este tipo de control se encuentra regulado en el artículo 105 de la Ley General de Sociedades (Control indirecto de acciones), norma que dispone que "(…) se entiende por sociedad controlada aquella en la que, directa o indirectamente, la propiedad de más del cincuenta por ciento de acciones con derecho a voto o el derecho a elegir a la mayoría de los miembros del directorio corresponda a la sociedad emisora de las acciones" [26].

- **Control contractual:** es aquel tipo de control que deriva de un contrato de dominación que tiene por finalidad crear una relación de control-dependencia entre dos empresas. En estos casos, señala Oswaldo Hundskopf, siguiendo a Duque Domínguez, se presenta una presunción *juris et de jure* de que existe una dirección unificada de las empresas contratantes[27]. Cabe resaltar también, que en la ex-

(25) FERNÁNDEZ MARKAIDA, Idota. Ob. cit., p. 165.

(26) Respecto del citado artículo, Daniel Echaiz Moreno comenta "(…) que este es el único artículo de las cerca 500 normas contenidas en la Ley General de Sociedades que se refiere específicamente a los grupos de sociedades, aunque incorrectamente utilice el titulo control indirecto de acciones". ECHAIZ MORENO, Daniel. "Grupos de Sociedades". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 154, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 281.

(27) DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino. *Concepto y significado institucional de los grupos de empresas.* "Libro Homenaje de Rosa Sastre". Volumen III, Editorial Madrid, Madrid, 1987, p. 564. HUNDSKOPF

periencia nacional se intento regular el contrato de dominación o de grupo, en la Ley General de Sociedades mediante el Anteproyecto de Grupos de Empresas del año 2000, en donde destacados juristas nacionales propusieron, entre otras cosas, que el contrato de grupo debía ser aprobado previamente por el órgano de máxima jerarquía de la sociedad, otorgando a los socios el derecho de separación regulado en el artículo 200 de la norma societaria.

- **Control por directorios entrecruzados:** surge de la elección o nombramiento de administradores comunes entre las empresas que integran el grupo, conocidos en el *Common Law* como *interlocking directorios.*

Para finalizar, el presente apartado se debe precisar que, no siempre que exista una relación de control o subordinación concurrirá una unidad de propósito o dirección; es decir, no se formará un grupo empresarial siempre que exista una relación de control-dependencia. Dependerá, en todo caso, de la empresa controlante señalar la unidad de propósito, y si no llegara hacerlo, no se conformaría un grupo empresarial.

3. Dirección unificada o unidad de propósito (elemento)

La dirección unificada ha sido concebida doctrinariamente como "(...) el poder de determinar la orientación económica del conjunto de empresas en función de objetivos generales fijados por el controlante"[28]. De tal forma que, será la empresa controlante o cabeza de grupo quien determine los lineamientos y directrices que deben seguir todas y cada una de las empresas que integran al grupo, rigiéndose para tal efecto por el principio del interés grupal[29]. En este sentido, cuando hablamos de dirección unificada la doctrina señala que esta se realiza teniendo como base el llamado interés grupal, el cual incluso debería siempre de prevalecer sobre el interés social[30]. Siendo la razón de dicha prevalencia que, "(...) en todo grupo hay una motivación que trasciende a la de su pro-

---

EXEBIO, Oswaldo. "El Contrato de Grupos. Razones para regular los grupos de empresas bajo un contrato". Ob. cit., p. 149.

(28) FAVIER DUBOIS, Eduardo. "El grupo de sociedades en concurso: aspectos generales". En: *Revista de Derecho Societario*. Nº 101, Editorial Errepar, Argentina, 1996.

(29) GAGLIARDO, Mariano. *Derecho Societario*. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, p. 173. A nivel nacional: ECHAIZ MORENO, Daniel. Ob. cit., p. 45.

(30) GALGANO, Francesco; ROITMAN, Horacio y otros. *Los grupos societarios. Dirección y coordinación de sociedades*. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, p. 293.

pios miembros considerados aisladamente, el cual busca el bienestar empresarial del grupo de empresas concebido como entidad autónoma"[31].

Si bien la doctrina mayoritaria asume que la conformación de un grupo empresarial siempre persigue la satisfacción de un interés grupal –que implicaría el beneficio de todas las empresas del grupo, es decir, el uno para todos y el todos para uno–; sin embargo, la realidad ha demostrado que muchas veces el interés que se busca satisfacer con la conformación de un grupo no es precisamente el interés grupal, sino, el interés de las personas naturales que tienen el control del mismo. El desmedido afán de lucro de los sujetos que controlan el grupo empresarial puede, muchas veces, destruir la lealtad y confianza de quienes poseen intereses legítimos (Ej.: los socios minoritarios, trabajadores y demás acreedores) en el buen funcionamiento de las empresas que integran al grupo[32].

Con lo señalado en el párrafo anterior tampoco se busca hacer creer al lector que todo grupo empresarial siempre persigue una finalidad ilícita, ni mucho menos que la sola formación de estos debe ser sancionada por el derecho; pues, asumir esta postura implicaría desconocer las bondades de los mencionados grupos en la economía, brindando con ello una visión sesgada de tal problemática. La finalidad de lo expresado es describir de forma adecuada un fenómeno económico que en su seno alberga diversos intereses que deben ser protegidos por el derecho.

Así pues, la posibilidad de que quienes tienen el control del grupo empresarial utilicen a las empresas que lo integran como simples vehículos para satisfacer intereses intolerables para el ordenamiento jurídico, debe ser apreciada por los administradores de justicia y nuestros legisladores. De esta manera debe imponerse un deber de información tanto a los administradores de las empresas que integran un grupo empresarial como a quienes tienen el control del grupo, con el que se garantice la transparencia en todas y cada una de las operaciones que se realice al interior del grupo, lo que resultará acorde con los principios que recoge el *Corporate Governace*.

Por otro lado, se debe precisar también, que el interés del grupo tampoco debe ser un interés ilimitado, sino que el mismo debe tener límites objetivos que impidan el abuso de las empresas que lo integran por parte de quienes detentan el

(31) ECHAIZ MORENO, Daniel. Ob. cit., p. 46.

(32) Un caso emblemático de las consecuencias nefastas del mal uso de los grupos empresariales, lo es el "Caso Enron", en donde a través de la creación de una red de sociedades se benefició a los ejecutivos de Enron –quienes tenían el control del grupo– y a sus familias, sin importar que para ello se haya tenido que violar las normas más básicas de la ética financiera y dejar sin empleo a 21,000 personas alrededor del mundo.

control. De ahí que, con base en el interés grupal quienes tienen el control del grupo empresarial, no pueden imponer decisiones que resultan desproporcionadas y que llegan a amenazar la propia solvencia de las empresas que lo integran(33). En ese sentido, el límite al interés grupal no se encuentra precisamente en el interés social, pues existirán ocasiones en donde se debe preferir el primero sobre el segundo(34), sino en la propia existencia de la empresa conforme al principio de conservación de la empresa, que implica que la supervivencia de la empresa se constituye en un objetivo de interés público.

V. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD: A PROPÓSITO DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL QUE ESTABLECE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA ENTRE LAS EMPRESAS DE UN MISMO GRUPO EMPRESARIAL EN LOS PAGOS DE OBLIGACIONES LABORALES

La relación laboral se caracteriza en sí misma por la desigualdad, lo que hace que el empleador devenga en la parte fuerte y el trabajador en la parte débil. Para hacer frente a esta situación de disparidad que existe en la relación laboral, se ha erigido principios protectores o de igualdad compensatoria, por lo cuales, explica nuestro Tribunal Constitucional, "se promueve por la vía constitucional y legal la búsqueda de un equilibrio entre los sujetos de la asimétrica relación de trabajo"(35). En este sentido, el derecho de trabajo no deja de ser tuitivo, pues, conforme aparece de las prescripciones contenidas en el artículo 22 y siguientes de la Constitución, se protege los derechos de los trabajadores teniendo como base la situación de desigualdad que existe entre estos con sus empleadores.

Ahora bien, la autonomía jurídica que mantienen las empresas que integran un grupo empresarial permitiría suponer que la responsabilidad derivada del incumplimiento por el pago de adeudos laborales de una empresa no alcance –no

(33) SÁNCHEZ, Juan y GUILARTE, Calero. "Algunas cuestiones concursales relativas a los grupos de sociedades". En: *Anuario de Derecho Concursal*. Nº 05, Madrid, 2005, p. 14.

(34) Advertimos que, lamentablemente, este razonamiento de preferir el interés grupal sobre el interés social no resulta aplicable en nuestro ordenamiento jurídicos, pues, conforme lo dispone el artículo 38 de la Ley General de Sociedades: "Son nulos los acuerdos societarios (…) que lesionen los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios socios".

(35) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. "Personas protegidas, aseguradas y beneficiarios". En: AA.VV. *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. AIBDTSS y ANAM, México, 1997, p. 658. Concepto recogido por nuestro Tribunal Constitucional en la STC Exp. Nº 0008-2005-AI. Fundamento 20, obtenida de: PUNTRIANO ROSAS, César y otros. *El Derecho Laboral y Previsional en la Constitución*. Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 133.

haga responsables– a las demás empresas del grupo al cual pertenece, pese, inclusive, a que el trabajador a prestado servicios indistintamente a las demás empresas del grupo o en beneficio del interés grupal. Es evidente que la postura esgrimida resulta contraria a los principios que inspiran el derecho laboral, en este caso, al principio de primacía de la realidad, en la medida que tal principio implica que "en los supuestos de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos"(36). Sin embargo, me pregunto: ¿en qué medida son responsables las empresas que integran un grupo empresarial por los adeudos laborales de una de ellas?

Dando respuesta a la pregunta planteada tenemos, que el Tribunal Constitucional reconoció implícitamente, mediante la sentencia recaída en el Exp. Nº 6322-2007-PA/TC, la responsabilidad solidaria de las empresas de un mismo grupo económico frente al pago de adeudos laborales generados por una de ellas. De igual forma en la tercera conclusión plenaria del Pleno Jurisdiccional Laboral celebrado el 2008, se dejó establecido que "(...) Existe solidaridad en las obligaciones laborales no solamente cuando se configura los supuestos previstos en el artículo 1183 del Código Civil sino, además, en los casos en los que exista vinculación económica, grupos de empresa o se evidencie la existencia de fraude con el objeto de burlar los derechos laborales de los trabajadores"(37).

Por su parte, y de manera más reciente, nuestra Corte Suprema, en la Casación Nº 2406-2009- Lima, considera que "(...) **Décimo:** Que, debido al carácter tuitivo del Derecho Laboral y a la prioridad en el pago de estas obligaciones en los artículos 24 y 26 de la Constitución Política del Perú, corresponde el pago solidario de los beneficios sociales entre empresas vinculadas económicamente con respecto a los créditos laborales de sus trabajadores que mantengan pendientes una de ellas, sin perjuicio de reconocer que cada una de las empresas tengan una autonomía y personalidad jurídica propia y, además, tengan una relevancia unitaria en el ámbito laboral como si se tratara de una sola empresa con pluralidad de empresarios, **regida por el principio general de la responsabilidad solidaria de todos sus miembros**, **lo que encuentra justificación en el principio de primacía de la realidad** por encima de las formas jurídicas y la irrenunciabilidad de los derechos laborales reconocidos en el artículo 26 inciso 2) de la Constitución Política del Perú".

(36) STC Exp. Nº 1944-2002-AA, f. j. 3.

(37) BRINGAS DÍAS, Gianfranco. "Responsabilidad solidaria entre empresas vinculadas a efectos de pago de obligaciones laborales". En: *Revista Jurídica del Perú*. Nº 130, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre 2011, p. 198.

En ese sentido, la responsabilidad solidaria de las empresas de un mismo grupo empresarial frente al pago de adeudos laborales generados por una de ellas, se justificaría en el principio de la primacía de la realidad que guía el derecho laboral, en donde "no hay argumento válido para la separación jurídica y son las mismas partes las que a menudo revelan la circunstancia de una sola realidad empresarial"(38).

No obstante la línea jurisprudencial existente en nuestro país, quien escribe considera que la aplicación del principio de primacía de la realidad no puede llevarnos a asumir de forma automática la responsabilidad de las empresas del grupo por los adeudos laborales de una de ellas, ello pues, dicho principio se sustenta en el discordancia entre lo formal y lo real, cuyo fin prístino es evitar el aprovechamiento indebido del trabajador. Es este entonces el verdadero sustento de la aplicación del principio de primacía de la Realidad, siendo por ello inadecuado que nuestra Corte Suprema señale que la sola formación del grupo empresarial conlleva necesariamente a la responsabilidad de las empresas miembros del grupo, cuando lo correcto hubiese sido que señale que dicha responsabilidad se genera cuando se busque un aprovechamiento indebido de la fuerza del trabajador valiéndose de la autonomía jurídica que mantiene cada empresa. En todo caso, si el fin es proteger al trabajador que integra un grupo empresarial tal finalidad, valiosa y necesaria, no debe partir por asumir que la formación del grupo tiene, *per se*, fines negativos, sino, por brindar efectividad a la tutela de los derechos del trabajador. En ese sentido, se protege al trabajador como parte débil de la relación laboral invirtiendo la carga probatoria para demostrar si el grupo empresarial utilizó su fuerza de trabajo o buscó defraudar sus derechos, por ejemplo, quien asuma el control del grupo deberá demostrar que la insolvencia de una empresa para asumir sus obligaciones laborales no fue a causa de las directrices trazadas al interior del grupo.

El solo hecho que las empresas pertenezcan a un mismo grupo empresarial no es mérito para que se les impute, sin más, como responsables solidarios respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, puesto que, asumir esta postura no solo implica desconocer al grupo empresarial como manifestación legítima del derecho a la libertad de empresa, sino que, además, conllevaría la elevación de los costos de monitorear la conducta de las empresas

(38) AYLWIN CHIORRINI, Andrés y ROJAS MIÑO, Irene. "Los grupos de empresas y sus efectos jurídico laborales en el Derecho Comparado". En: *Revista Ius et Praxis*. Nº 11, 2005. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo>.

por parte de los accionistas[39] haciendo inviable la formación de los grupos empresariales. Si ante un concreto derecho no fuese posible establecer ese "núcleo duro", que ni siquiera el legislador puede traspasar, podría llegarse a un punto en el que, sobre la base de sucesivas limitaciones, el supuesto derecho fundamental resultase sencillamente irreconocible[40].

Será necesario para imputar de responsabilidad a las empresas que integran el grupo de la presencia de elementos adicionales, como los siguientes anotados por la doctrina española[41]: a) Prestación de trabajo común o simultanea a varias empresas del grupo; b) confusión de patrimonios y plantillas; y c) creación de empresas aparentes. Es quizás por lo anterior que, el artículo 6 del Proyecto General de Trabajo se precisa: "Se establece la existencia de un grupo de empresas cuando varias de estas, jurídicamente independientes, constituyen o actúan como una unidad económica y productiva de carácter permanente y están sujetas a una dirección única de contenido general. **Cuando un trabajador ha prestados servicios ha prestado servicios en cualquiera de las empresas que conforman un grupo, estas son solidariamente responsables por el pago de sus remuneraciones y beneficios sociales**"[42]. Como se puede apreciar del artículo citado, la solidaridad en el marco del grupo solo afectaría a las empresas donde el trabajador haya prestados servicios, aún, cuando tales servicios lo haya realizado por un día[43]; empero, tal criterio empezará a regir cuando se apruebe el mencionado proyecto lo cual, aún, se encuentra pendiente.

VI. CONCLUSIONES

Los grupos empresariales son resultado del ejercicio de la libertad de empresa consagrado en el artículo 59 de la Constitución, constituyendo, por lo tanto, una forma legítima de organización empresarial de las actividades productivas. Sin embargo, la problemática jurídica que se suscita entorno a los mencionados grupos empieza cuando se pretende usar a estas estructuras de empresas para la satisfacción de intereses ilegítimos como lo es el desconocimiento de las deudas laborales; debiendo esta situación ser resuelta por los administradores de justicia

(39) BULLARD, Alfredo, citado en: Hundskopf Exebio, Oswaldo. Ob. cit., p. 163

(40) ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios constitucionales de la libertad de empresa*. Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 83

(41) ARETA MARTÍNEZ, María y SEMPERE NAVARRO, Antonio. "Derecho del Trabajo y los Grupos de Empresas". En: *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Nº 48, España, p. 102.

(42) Ver: <http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/CNTPE/pub_cnt_01_02_07_02.pdf>.

(43) BRINGAS DÍAS, Gianfranco. Ob. cit., p. 202.

valorando la relación asimétrica que existe entre el trabajador y el empleador, así como los principios que se han erigido para disminuir tal asimetría, como lo es el principio de primacía de la realidad.

Prosiguiendo con nuestras conclusiones tenemos que, la aplicación del principio de primacía de la realidad tampoco puede llevarnos a asumir de forma autómata que el solo hecho que las empresas pertenezcan a un mismo grupo empresarial determina la responsabilidad solidaria de estas por las obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, puesto que, si bien el mencionado principio consagra que lo importante en la relación laboral es la relación real y no formal; para que este principio se aplique y se extienda la responsabilidad, debe existir un aprovechamiento indebido de la fuerza del trabajador, ya sea mediante la prestación indistinta de este por las demás empresas del grupo empresarial, o porque se haya pretendido utilizar a estas superestructuras de empresas para defraudar los derechos laborales, por ejemplo cuando se vacía (se deja insolvente) una empresa en beneficio de las demás del grupo. El conflicto entre el derecho a la libertad de empresa y el derecho al trabajo producto del fenómeno económico de los grupos empresariales, debe ser tratado teniendo como base la naturaleza de estos derechos, lo que lleva indefectiblemente a ponderar, por un lado, que los grupos empresariales son una manifestación legitima del derecho a la libertad de empresa, que impide asumir la responsabilidad solidaria del grupo de forma apriorística, y por el otro, que el carácter tuitivo del derecho laboral erige principios como el principio de primacía de la realidad con el fin de evitar el abuso de la fuerza del trabajador y la vulneración de sus derechos.

Adoptar la responsabilidad solidaría, sin más, no solo eleva los costos de monitorear la conducta de las empresas por parte de los accionistas generando trabas para la formación de los grupos empresariales, sino que crea un clima de inseguridad pues se desconoce que este fenómeno económico aparece como una manifestación legítima del derecho a la libertad de empresa ante las necesidades que impone el mercado. Es entonces, la utilización del trabajador de forma indebida, con la intención de defraudar sus derechos, lo que determina la responsabilidad de las empresas que integran el grupo empresarial y no la sola formación de este.

En este sentido, quien escribe critica la jurisprudencia esgrimida por nuestra Corte Suprema así como la conclusión del Pleno Jurisdiccional Laboral celebrado el 2008, que establece la responsabilidad solidaria de las empresas que integran un grupo empresariales por los adeudos laborales de una de ellas, pues lo correcto hubiese sido asumir que la responsabilidad se genera cuando se busque

un aprovechamiento indebido de la fuerza del trabajador valiéndose de la autonomía jurídica que mantiene cada empresa que integra el grupo.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- **LIBROS**

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios constitucionales de la libertad de empresa*. Marcial Pons, Madrid, 1995.

BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. "Constitución y libertad de empresa en su manifestación de libre acceso al mercado". En: *Los derechos fundamentales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2010.

BUENO MAGANO, Octavio. "Grupos Económicos Nacionales y Multinacionales. Su Responsabilidad en cuanto a los derechos de los trabajadores". En: BUENO MAGANO, Gustavo; BUENO LOZANO, Nestor y ALBURQUERQUE, Rafael. *Los Grupos de Empresas Nacionales y Multinacionales y el Derecho de Trabajo*. Editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982.

DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino. *Concepto y significado institucional de los grupos de empresas.* "Libro Homenaje de Rosa Sastre". Volumen III, Editorial Madrid, Madrid, 1987.

ECHAIZ MORENO, Daniel. *Derecho Societario.* 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2009.

EMBID IRUJO, José M. *Concentración de empresas y Derecho de cooperativas*. Universidad de Murcia, España, 1991.

FAVIER DUBOIS, Eduardo y BARGALLÓ, Miguel. "Los acreedores frente a la imputación de activos por inoponibilidad de la personalidad jurídica". En: *Derecho Societario y de la Empresa - V Congreso de Derecho Societario*. Tomo II, Editorial Advocatus, Argentina, 1992.

FERNÁNDEZ MARKAIDA, Idota. *Los grupos de sociedades como forma de organización empresarial*. Editorial de Derecho Reunidas, Madrid, 2001.

GAGLIARDO, Mariano. *Derecho Societario*. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.

GALGANO, Francesco; ROITMAN, Horacio y otros. *Los grupos societarios. Dirección y coordinación de sociedades*. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2009.

GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. "Libertad de empresa, libertad de comercio, libertad de trabajo". En: *La Constitución Comentada.* Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.

HUNDSKOPF EXEBIO, Osvaldo. "El Contrato de Grupo o de Dominación Grupal y la Concentración Empresarial". En: Walter Gutiérrez Camacho (ed.). *Tratado de Derecho Mercantil.* 1ª ed., Tomo III (Contratos Mercantiles y Bancarios), Gaceta Jurídica, Lima, 2008.

HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. *Derecho Comercial - Temas societarios*. Tomo IV, Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 2007.

KRESALJA, Baldo y OCHOA, César. *Derecho Constitucional Económico*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2009.

MANÓVIL, Rafael. *Grupos de sociedades en el derecho comparado*. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho de Trabajo*. Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1990.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, "Personas protegidas, aseguradas y beneficiarios". En: AA.VV. *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. AIBDTSS y ANAM, México, 1997.

PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional.* 7ª ed., Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2000.

SÁNCHEZ, Juan y GUILARTE, Calero. "Algunas cuestiones concursales relativas a los grupos de sociedades". En: *Anuario de Derecho Concursal*. Nº 05, Madrid, 2005.

URÍA, Rodrigo. *Derecho Mercantil*. 12ª ed., Imprenta Aguirre, España, 1982.

URÍA, Rodrigo y MENÉNDEZ, Aurelio. *Curso de Derecho mercantil*. Ediciones Civitas, Madrid, 1999.

- **REVISTAS**

ARETA MARTÍNEZ, María y SEMPERE NAVARRO, Antonio. "Derecho del Trabajo y los Grupos de Empresas". En: *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Nº 48, España.

BRINGAS DÍAS, Gianfranco. "Responsabilidad solidaria entre empresas vinculadas a efectos de pago de obligaciones laborales". En: *Revista Jurídica del Perú*. Nº 130, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre, 2011.

ECHAIZ MORENO, Daniel. "Grupos de Sociedades". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 154, Gaceta Jurídica, Lima, 2006.

FAVIER DUBOIS, Eduardo. "El grupo de sociedades en concurso: aspectos generales". En: *Revista Doctrina Societaria*. Nº 101, Editorial Errepar, Argentina, 1996.

FAVIER DUBOIS, Eduardo. "La representación social por apoderado y los contratos intergrupales". En: *Revista Doctrina Societaria*. Nº 118, Editorial Errepar, Argentina, 1997.

FAVIER DUBOIS, Eduardo (padre) y FAVIER DUBOIS, Eduardo (hijo). "El grupo de sociedades. Panorama societario y concursal". En: *Revista de Doctrina Societaria*. Nº 258, Editorial Errepar, Argentina, 2009.

GREENWALD, B. y STIGLITZ, J. "Financial market imperfections and business cycles". En: *Quarterly Journal of Economics*. Febrero, 1983.

- **DOCUMENTOS *ON-LINE***

AYLWIN CHIORRINI, Andrés y ROJAS MIÑO, Irene. "Los Grupos de Empresas y sus efectos jurídico laborales en el Derecho Comparado". En: *Revista Ius et Praxis*. Nº 11. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo>.

CUBILLOS GARZÓN, Camilo. "Parámetros a seguir de los grupos empresariales: Sistema anglosajón y continental". En: *Revista E-Mercatoria*. Volumen 6, Numero 1, Colombia, 2007. Disponible en: <http://www.emercatoria.edu.co/>.

MONTIEL FUENTES, Carlos. "Acercamiento al concepto de grupos empresariales: Concurrencia de elementos para su existencia". En: *Revista E-Mercatoria*. Volumen 8, Numero 1, Colombia, 2009. Disponible en: <http://www.emercatoria.edu.co/>.

Proyecto General de Trabajo; en: <http://www.mintra.gob.pe>.

ANÁLISIS DEL CONTRATO DE TRABAJO DE OBRA DETERMINADA O DE SERVICIO ESPECÍFICO A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL PODER JUDICIAL Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Luciana Álvarez Calderón

I. INTRODUCCIÓN

El presente ensayo tiene por finalidad realizar un estudio de diversas jurisprudencias emitidas por el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional relativas al contrato de trabajo de obra determinada o servicio específico y, especialmente, de aquellas sentencias que analizan el elemento temporal y objetivo del citado contrato de trabajo modal. Al respecto, con este trabajo analizaremos cómo la jurisprudencia laboral peruana ha variado de criterio cuando ha venido tratando este tema, incluso como se leerá en este ensayo, existen posiciones contrarias entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial acerca, por ejemplo, del límite temporal en este tipo de contratos.

No resulta baladí la elaboración de este trabajo, porque el mismo no solo nos permitirá saber cómo resuelven los órganos jurisdiccionales peruanos las controversias sobre la desnaturalización de esta clase de contratos laborales, sino que nos aventuramos a efectuar críticas a las respectivas resoluciones. Especialmente, observaremos como en muchas ocasiones la jurisprudencia laboral peruana resulta contraria al propio texto de las leyes y, en ese sentido, como irregularmente los magistrados establecen criterios jurisprudenciales sobre temas donde no existen vacíos legales.

Esperamos que este ensayo constituya un aporte al Derecho Laboral peruano. Además, la elaboración de este trabajo nos ha animado a seguir investigando más sobre el contrato de trabajo de obra determinada o servicio específico a efectos de –en un futuro– incorporar al mismo las nuevas jurisprudencias del Poder Judicial y Tribunal Constitucional.

II. NOCIONES GENERALES SOBRE EL CONTRATO DE TRABAJO

Toyama Miyagusuku define el contrato de trabajo como el acuerdo de voluntades por la cual una de las partes, el trabajador –que necesariamente es persona natural–, se compromete a prestar sus servicios personales en forma remunerada y la otra, el empleador que puede ser una persona jurídica o natural, al pago de la remuneración correspondiente. En tal medida, los frutos o resultados de los servicios que presta el trabajador pertenecen al empleador. Además, en virtud del contrato de trabajo, el empleador goza de las facultades de dirigir, fiscalizar y sancionar los servicios prestados por el trabajador(1).

Por consiguiente, el contrato de trabajo da origen a la relación laboral, generando un conjunto de derechos y obligaciones para el trabajador y el empleador, así como las condiciones dentro de las cuales se desarrolla dicha relación.

Nuestra legislación no da un concepto del contrato de trabajo, pero sí menciona sus elementos esenciales, así según el artículo 4 del D.S. Nº 003-97-TR. TUO del D. Leg. Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral [en adelante L.P.C.L.]:

> "(…) En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado (…)".

De lo expresado, se puede colegir la existencia de tres elementos esenciales(2): La prestación personal, la remuneración y la subordinación. Asimismo, el contrato de trabajo puede ser:

---

(1) Cfr. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Instituciones del Derecho Laboral*. 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2004. p. 90.

(2) Mediante la prestación personal de servicios el trabajador pone a disposición del empleador su propia fuerza de trabajo, siendo por ello su obligación, prestar los servicios en forma personal y directa. La subordinación consiste en el poder de dirección que ostenta el empleador y el deber de obediencia del trabajador y que se concreta en tres atribuciones del empleador (dirigir, fiscalizar y sancionar al trabajador) y que constituye el elemento determinante para establecer la existencia de un vínculo laboral ya que constituye el elemento distintivo entre un contrato de trabajo y uno de locación de servicios. Y, la remuneración que es la retribución, ya sea en dinero o en especies, que se obliga a pagar el empleador a favor del trabajador a cambio de su trabajo, y que tiene ser de su libre disposición.

1. Contrato de trabajo por tiempo indefinido

En el ordenamiento peruano la regla general de la contratación son los contratos de trabajo por tiempo indefinido. Esta preferencia de nuestro ordenamiento se halla expresamente recogida a través del artículo 4 de la LPCL, el cual señala que:

> "(…) en toda prestación de servicios remunerados y subordinados se presume, salvo prueba en contrario, la existencia de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado".

2. Contratos de trabajo sujetos a modalidad

Ávalos Jara define a los contratos sujetos a modalidad como:

> "(…) aquellos acuerdos de voluntades celebrados de forma excepcional y que constan por escrito, en virtud de los cuales una persona, denominada trabajador, presta sus servicios de manera subordinada en beneficio de otra, denominada empleador, sea natural o jurídica, por cierto plazo (determinado o determinable) o durante determinados periodos, a efectos de satisfacer las necesidades empresariales que se sustentan en causas particulares, objetivas, razonables y concretas, a cambio de una remuneración y de beneficios laborales de iguales características que aquellos trabajadores que cuentan con contratos de trabajo de duración determinada"(3).

Según lo señalado, anteriormente, los contratos sujetos a modalidad o a plazo fijo, a diferencia de los contratos por tiempo indeterminado, son la excepción a la regla general de contratación. Es por ello que el Tribunal Constitucional señala que:

> "(…) Como resultado de ese carácter excepcional, la ley establece formalidades, requisitos, condiciones y plazos especiales para este tipo de contratos, e incluso sanciones cuando a través de estos, utilizando la simulación o el fraude, se pretende evadir la contratación por tiempo indeterminado (…)"(4).

La celebración de estos contratos se sustenta en el principio de causalidad,

(3) ÁVALOS JARA, Oxal Víctor. *Contratos de trabajo temporal*. Grijley, Lima. 2008, p. 25.

(4) Sentencia del 19 de diciembre de 2003 recaída en el Exp. Nº 1874-2002-AA/TC (f. j. 3), disponible en Internet en <http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia _ant.php>, acceso efectuado el 01/08/2012.

en virtud del cual "la duración del vínculo laboral debe ser garantizada mientras subsista la fuente que le dio origen", según lo ha señalado el Tribunal Constitucional[5], por ello, no basta que las partes hagan referencia al tipo contractual o efectúen una remisión a las normas que regulan la contratación temporal, necesariamente debe contener la causa objetiva que justifica la contratación, será preciso detallar y explicar en el contrato de trabajo por qué la causa señalada motiva una contratación temporal.

La Corte Suprema ha recogido este criterio en la Cas. Nº 2365-2005-Lima publicada en *El Peruano* el 30 de noviembre de 2007:

> "(…) sobre la desnaturalización de los contratos de trabajo modales a los que se encontró sometido el actor reposa exclusivamente en que estos no han observado las formalidades exigidas por ley para su validez y eficacia en tanto no han precisado –**de manera descriptiva**– la causa objetiva que justifica la contratación (…) del accionante, habiendo solo invocado esta causal para justificar su celebración (…)" [el resaltado es nuestro].

Otro aspecto importante de estos contratos es que son estrictamente temporales, tienen su origen en las necesidades transitorias de la empresa, en la medida que las partes conocen el plazo de duración y expiración del mismo, con excepción de los contratos de trabajo intermitentes o de temporada que por su naturaleza pueden ser a tiempo indeterminado.

III. EL CONTRATO DE OBRA DETERMINADA O SERVICIO ESPECÍFICO

A partir de este apartado analizaremos el contrato de obra determinada o servicio específico. Al respecto, el artículo 63 de la LPCL, expresa que:

> "Los contratos para obra determinada o servicio específico, son aquellos celebrados entre un empleador y un trabajador, **con objeto previamente establecido y de duración determinada. Su duración será la que resulte necesaria**. En este tipo de contratos **podrán celebrarse las renovaciones que resulten necesarias para**

(5) Sentencia del 9 de octubre de 2002 recaída en el Exp. Nº 1397-2001-PA/TC (f. j. 3), disponible en Internet en <http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia _ant.php>, acceso efectuado el 01/08/2012.

> **la conclusión o terminación de la obra o servicio objeto de la contratación**" [el resaltado es nuestro].

La norma citada es complementada por el artículo el 79 del Reglamento LFE, el cual señala:

> "En los contratos de obra o servicio específico, previstos en el artículo 97 de la Ley [ahora, artículo 63 de la LPCL], deberá señalarse expresamente su objeto, sin perjuicio que las partes convengan la duración del respectivo contrato, que solo podrá mantenerse en dicha calidad hasta el cumplimiento del objeto del contrato".

De lo expuesto, en el contrato para obra determinada o servicio específico, la realización de la obra o servicio específico es el elemento que justifica la temporalidad de este tipo de contratos, como señala Sanguineti Raymond "(…) es la transitoriedad de la labor, al margen de su origen, la que en principio justifica su celebración (…)"[6].

En atención al carácter excepcional de la contratación temporal en nuestro ordenamiento, consideran que esta modalidad contractual solo podrá celebrarse en aquellos supuestos en los que el contrato por tiempo indefinido resulte inadecuado, precisamente en razón a que la necesidad que mediante él se atiende desaparece con la terminación de la obra o realización del servicio.

Sempere Navarro sostiene que la legislación española señala que estos contratos tienen por objeto la realización de obras o servicios determinados con *autonomía y sustantividad* propias dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, es en principio de duración incierta[7].

---

(6) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Ob. cit., p. 74.

(7) Cfr. SEMPERE NAVARRO, Antonio. *Los contratos de trabajo temporales*. Editorial Aranzadi, Navarra, 2004. p. 87. Al respecto, el texto actualizado del artículo 15, numeral 1, literal a), del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores de España aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, del 24 de marzo de 1995, expresa lo siguiente:

"El contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada.

Podrán celebrarse contratos de duración determinada en los siguientes supuestos:

a) Cuando se contrate al trabajador para la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta (…)".

Sempere Navarro al comentar esta norma señala que: "Es conveniente precisar que los términos empleados por el precepto, 'autonomía' y 'sustantividad', deben concurrir consecutivamente en la actividad laboral. Es decir, la actividad objeto del contrato debe diferenciarse claramente de la principal de la empresa, de la ordinaria o usual, y además, su ejercicio debe poder realizarse sin injerencias en dicha actividad habitual. Mientras que la autonomía se relaciona con la forma o a manera de poder llevar a cabo la actividad productiva, la sustantividad concreta el ejercicio de una actividad independiente de otras; es decir, la autonomía se relaciona con la realización técnica del trabajo, mientras que la sustantividad se

De manera que la doctrina española señala que dos son los elementos que definen el objeto del contrato para obra o servicio determinado:

Elemento objetivo o material, caracterizado porque la actividad contratada debe referirse a obras o servicios determinados con autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa y,

Elemento temporal, dado que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, es de duración incierta.

1. Elemento objetivo o material del contrato para obra determinada o servicio específico

Es necesario cuestionarse si los contratos para obra o servicio específico pueden emplearse para contratar prestaciones de servicios o realizaciones de obras consideradas normales u ordinarias en el seno de la actividad empresarial, o si por el contrario, se exige que los trabajos que se realicen sean extraordinarios o ajenos al ciclo productivo ordinario de la misma.

Existen dos posibles supuestos que se pueden presentar(8). El primer supuesto, sería aquel en que la actividad desempeñada es distinta de la actividad social de la empresa, si la actividad además de distinta, no es permanente resulta perfectamente legítima la suscripción de contratos de obra o servicio específico para su realización. Cuando por el contrario, si la actividad aunque distinta de la actividad de la empresa, es permanente resultaría improcedente la utilización de este contrato, en ese supuesto debería recurrirse a un contrato por tiempo indefinido.

El segundo supuesto, comprendería aquellas actividades correspondientes al objeto social de la empresa. Al tratarse de la misma actividad, resulta de gran importancia examinar el elemento temporal de la actividad, es decir, su carácter limitado o no en el tiempo. Por tanto, únicamente cuando la actividad se encuentre limitada en el tiempo, es posible la suscripción del contrato para obra o servicio específico.

Siguiendo este criterio, en la jurisprudencia española, mediante la ATS de 24 de setiembre de 1998 [RJ 1998, 8551] se expresó que:

---

refiere al completo resultado de la actividad, sea la obra o sea el servicio finalmente prestado, en relación con el objeto empresarial".

(8) Cfr. VICENTE PALACIO, María A. *El contrato de trabajo temporal para obra o servicio determinado*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 73-75.

> "(…) Lo verdaderamente significativo para poder emplear dicha modalidad es que la obra o el servicio contratado goce de 'autonomía' y 'sustantividad' en el ámbito productivo de la empresa, con independencia que dicha actividad se enmarque dentro de lo que consideraríamos como actividad normal de la misma, permitiéndose, en fin, incluso en el ejercicio de actividades ordinarias en la lógica productiva empresarial, siempre que, dichas actividades sean autónomas o gocen de sustantividad propia en el seno de la organización , y concurra sin alguna duda, el elemento temporal característico de la figura (…)"(9).

En ese sentido, Sempere Navarro, expresa:

> "Son dos, en fin las posibles aplicaciones en la referida modalidad. Por un lado, este contrato puede suscribirse para la realización de actividades excepcionales que están afuera de las actividades normales y permanentes de la empresa, y por otro, pueden dedicarse a la cobertura de actividades de empresas dedicadas a la realización de obras o servicios que, al no estar sometidos a un ciclo productivo constante, se agotan tras su finalización. (…) Lo que pretende proscribirse con la exigencia de dichos requisitos es la contratación bajo esta modalidad para la realización de obras o servicios que constituyen la actividad ordinaria y continuada y permanente de la empresa, incurriendo en fraude de ley. (…) Si la actividad realizada es considerada la ordinaria, habitual y constante de la empresa, la modalidad contractual a emplear será la de carácter indefinido (…)"(10).

En la legislación peruana, del artículo 63 de la LPCL se desprende que para la aplicación de los contratos para obra determinada o servicio específico, se requiere únicamente un objeto previamente establecido y de una duración determinada en directa relación con la obra o servicio objeto de la contratación.

No obstante, Arce Ortiz es de la opinión que el artículo 63 de la LPCL es una disposición legal muy general que puede llevar a lecturas de gran tendencia expansiva, señala: "En primer lugar, no se indica el ámbito de operatividad del contrato de obra determinada y/o servicio específico; o bien pueden ser las actividades o necesidades empresariales transitorias o bien las actividades permanentes. (…) En segundo lugar, otro elemento que aumenta el riesgo

(9) Apud. SEMPERE NAVARRO, Antonio. Ob. cit., p. 84.

(10) Ibídem, p. 85.

es la inexistencia de un criterio que delimite lo que se entiende por "obra o servicio específico"[11].

Sin embargo, el artículo 53 de la LPCL, precisa que los contratos de trabajo sujetos a modalidad pueden celebrarse cuando así lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar.

Por lo tanto, solo podrá recurrirse a los contratos de duración determinada cuando la labor a desarrollar sea de alcance limitado en el tiempo, cuando la obra o el servicio al que se le vincule la prestación del trabajador sea de naturaleza temporal o accidental.

Para reforzar lo anteriormente dicho, Sanguineti Raymond afirma lo siguiente:

> "Lo que precisa el artículo 53 no es que los contratos sujetos a modalidad puedan celebrarse cada vez que existan necesidades del mercado o una mayor producción de la empresa, sino únicamente cuando dichas circunstancias 'así lo requieran', es decir, cuando la atención de estas precise de la contratación de trabajadores a título transitorio. (…) La LPCL no hace otra cosa que identificar los dos módulos a través de los que es posible fijar la duración del contrato de trabajo (pactar la prestación de un 'servicio' por un plazo determinado o hasta que se cumpla cierta condición, y estipular la participación en la ejecución de una 'obra' durante el tiempo que se invierta en ella), y ponerlos en contacto con las dos hipótesis en las cuales es posible atribuir un alcance limitado en el tiempo a las labores a desarrollar por el trabajador (el carácter "temporal" o 'accidental' de estas). En el primer caso, el criterio determinante de la temporalidad no es la naturaleza de las tareas, que pueden ser las ordinarias o normales de la empresa, sino el carácter coyuntural con que se les requiere. En cambio, en el segundo lo decisivo es, precisamente, su naturaleza no ordinaria (diferente de la actividad que la empresa desarrolla habitualmente para cumplir con su objeto)"[12].

De igual forma, el Tribunal Constitucional ha delimitado el contenido restrictivo que debe tener el contrato de obra o servicio específico. Es así, que mediante

(11) ARCE ORTIZ, Elmer. *La contratación temporal en el Perú*. Grijley, Lima, 2008, p. 60.

(12) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Ob. cit., pp.19-20.

sentencia recaída en el Exp. Nº 10777-2006-PA/TC (f. j. 10) del 7 de noviembre de 2007, establece:

> "Se entiende que **esta modalidad contractual no puede ser empleada para labores de naturaleza permanenteque podrían ser realizadas por un trabajador estable**, sino que se trata más bien de una modalidad contractual que le permite al empleador dar cobertura a aquellas labores temporales o estrictamente especializadas que no forman parte de las labores permanentes de la empresa, y que requieren un plazo determinado, sustentando en razones objetivas, que puede ser renovado en la medida que las circunstancias así lo ameriten. Lo contrario, es decir, **permitir que esta modalidad de contratación 'por obra determinada' o 'servicio específico' sea usada para la contratación de trabajadores que van a realizar labores permanentes o del giro principal de la empresa, vulneraría el contenido del derecho al trabajo en su segunda acepción**"(13) [el resaltado es nuestro].

Como claramente lo han señalado el Tribunal Constitucional y la Sala Laboral de Lima, los contratos de obra o servicio específico requieren para su validez que el objeto esté previamente establecido y una duración determinada en directa relación con la obra o servicio objeto de la contratación.

Asimismo, el Colegiado Constitucional precisa que esta modalidad contractual no puede ser empleada para labores de naturaleza permanente, sino solo para

(13) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Jurisprudencia, disponible en Internet en <http:// www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php>, acceso efectuado el 05/08/2012.

Cabe indicar que de manera similar, la Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima mediante Sentencia de fecha 2 de noviembre de 2006 emanada del Exp. Nº 3747-2006-IDNL (S) sostuvo que: "(…) constituye elemento fundamental de esta modalidad de contrato establecer el objeto y duración del mismo; al respecto se aprecia en los contratos de trabajo a plazo fijo que obran en autos, que en su Cláusula Tercera precisan el objeto del contrato, señalándose que se contrata a la actora bajo la modalidad de contrato de trabajo a plazo fijo para el cargo de Tesorera, situación de la que se concluye que la actora desempeñaba labores de carácter permanente propios de un cargo estructural en la institución y no de naturaleza temporal sujetas a un plazo determinado; **QUINTO:** que, los contratos por los cuales se tomó los servicios de la actora sufrieron sucesivas renovaciones por lo que demuestra que los mismos se han desnaturalizado; **SEXTO:** que, el objetivo específico es el elemento vital para el desenvolvimiento del curso normal de la actividad productiva, lo que se ha omitido en la suscripción de los contratos antes referidos; **SÉTIMO:** que, en tal sentido los contratos celebrados no se configuran como 'contratos a plazo fijo', por cuanto esta modalidad tiene la característica de celebrarse por un periodo determinado con indicación de la culminación de la obra o servicio para el cual se celebran, razón por la cual estos no pueden tener la categoría de eventuales en tanto las labores contratadas deben ser realizadas en forma permanente; **OCTAVO:** que, por tanto se verifica que en el presente caso se ha desnaturalizado los contratos de trabajo suscritos por las partes, considerándoseles por ello como de duración indeterminada, conforme lo prescribe el inciso d) del artículo 67 del dispositivo legal acotado, esto es por haberse demostrado del contenido de los contratos la existencia de simulación a las normas establecidas en la ley, resultando por tanto la prestación personal del actor, como una de plazo indeterminado".

labores temporales o estrictamente especializadas. Además establece que las labores objeto del contrato no pueden formar parte del giro principal de la empresa.

Al respecto, resulta pertinente citar la siguiente Sentencia del Tribunal Constitucional del 1 de junio de 2010 recaída en el Exp. Nº03657-2009-PA/TC[14] (f. j. 4):

> "El recurrente ha venido trabajando para el emplazado desde el 23 de abril del 2004 hasta el 31 de diciembre del 2007, mediante contratos a plazo fijo. En el primer contrato (a fojas 2) celebrado entre las partes se evidencia que tanto en el título como en la parte introductoria se denomina al contrato que se celebra con el nombre de contrato 'para obra determinada o servicio específico'; sin embargo, no se precisa si el trabajador habrá de realizar una obra determinada o prestar un servicio específico, supuestos evidentemente distintos; por otro lado, asumiendo la versión de la parte emplazada, en el sentido que contrató al recurrente para que preste un servicio específico, esta no ha cumplido con la exigencia legal de precisar en qué consiste, justamente, el servicio para el cual se la contrata, puesto que se ha limitado a decir en la cláusula segunda que se contrata al demandante para '(…) prestar sus Servicios Personales a 'EL PROYECTO', para realizar y/o desarrollar labores correspondientes al cargo de Director de Obras, Nivel D2, establecido en los documentos normativos del Proyecto Especial'; esto es, se ha omitido especificar cuál es el servicio concreto que deberá cumplir el trabajador. **Esta situación denota que en realidad el empleador utiliza la mencionada modalidad contractual como una fórmula vacía, con el único propósito de simular labores de naturaleza permanente como si fueran temporales, incurriéndose, de este modo, en el supuesto de desnaturalización del contrato señalado en el fundamento 3, lo cual acarrea que el contrato de la demandante se haya convertido en uno de duración indeterminada".** [el resaltado es nuestro].

En el derecho comparado, específicamente en el ordenamiento jurídico español –contrariamente a lo establecido de manera reiterada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano–, sí está permitido que el contrato para obra o servicio específico pueda tener como objeto actividades distintas de la actividad

(14) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Jurisprudencia, disponible en Internet en <http:// www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php>, acceso efectuado el 05/08/2012

social de la empresa siempre que no sean permanentes y, actividades que formando parte del giro productivo de la empresa son limitadas en el tiempo.

En el Perú, el objeto de contrato sujeto a modalidad solo puede referirse a actividades temporales o estrictamente especializadas que no forman parte de las labores permanentes de la empresa, de lo contrario se produciría la desnaturalización del contrato y en consecuencia la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado.

2. Elemento temporal del contrato para obra determinada o servicio específico.

El artículo 63 de la LPCL señala, respecto a la duración de los contratos de obra o servicio específico, que "**será la que resulte necesaria para el cumplimiento de la obligación previamente establecida**", es decir, el referido contrato no tiene un plazo de duración específico. Sin embargo, aunque no se conozca en principio el alcance exacto de su duración, esta se encuentra vinculada al tiempo exigido para la realización de la obra o la prestación del servicio.

Ello queda más claro de la lectura del artículo 79 del Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo[15], donde se indica que en el contrato se debe señalar expresamente el objeto del mismo, pudiendo las partes convenir la duración del contrato manteniéndose hasta que se cumpla con el objeto especificado, es decir, la obra o servicio materia de contratación.

En esta línea, Sanguineti Raymond señala: "Del texto del artículo se deduce que este contrato no se encuentra sujeto a plazo máximo alguno. Su duración podrá ser, en consecuencia, escasa o prolongada, dependiendo de las características de la obra o del servicio que atiende, siempre que estos tengan un inequívoco perfil temporal"[16].

Por lo tanto, no cabe duda, que el contrato para obra o servicio determinado se extingue con la plena realización de la obra o la completa prestación del servicio. Esta circunstancia, precisamente es la que delimita su naturaleza temporal.

No obstante, no se impide que las partes puedan fijar un plazo cierto de vigencia para estos contratos, sin embargo, este sería un plazo indicativo porque el

(15) Artículo 79 del D.S. Nº 001-96-TR: "En los contratos para obra o servicio previstos en el Artículo 97 de la Ley, deberá señalarse expresamente su objeto, sin perjuicio que las partes convengan la duración del respectivo contrato, que solo podrá mantenerse en dicha calidad hasta el cumplimiento del objeto del contrato".

(16) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Ob. cit., p. 79.

contrato mantiene su vigencia hasta la terminación de la obra o servicio contratado. Sobre la vigencia del contrato, Sempere Navarro sostiene que:

> "Si el contrato fijara una duración o un término, estos deberán considerarse de carácter meramente orientativos, en función del realmente precisado para la realización de la obra o prestación del servicio (...) El establecimiento del plazo ha de considerarse únicamente como parámetro de valoración adicional al verdaderamente querido por la norma, afecto que influye en la supervivencia del contrato tras la llegada del inicialmente establecido, y al contrario, esto es, la terminación del contrato antes de la llegada del plazo si verdaderamente el objeto contractual se ha cumplido"(17).

Es factible que el plazo de duración del contrato de trabajo para obra o servicio específico fijado por las partes no coincida con la fecha efectiva de término de la realización de la obra o servicio. En ese caso si la obra o el servicio contratado ha sido terminado con anterioridad a la fecha de término del contrato de trabajo, este último se extinguirá indefectiblemente pues el objeto del contrato ha sido cumplido, "(…) en la medida en que la naturaleza del contrato se vincula directamente con la finalización de la obra o servicio contratado es viable la extinción del mismo en un momento anterior al inicialmente previsto de finalización, sin que pueda entenderse que dicha circunstancia constituye causa alguna de despido siempre que, efectivamente, la realización haya concluido realmente"(18).

Por el contrario, si a la llegada del plazo previsto de finalización del contrato no se han ejecutado totalmente las prestaciones laborales, la extinción ha de considerarse como un despido improcedente, pues la extinción del contrato no depende de la llegada del término inicialmente pactado, sino de la consumación completa del objeto contratado. Lo correcto será, de ser acordada por ambas partes, una renovación o prórrogas al plazo inicialmente pactado, siempre que la obra o servicio aún no haya sido culminado, y el contrato venza indefectiblemente una vez realizada la obra o el servicio.

Es necesario hacer un análisis del citado artículo 74 del D.S. Nº 003-97-TR:

(17) SEMPERE NAVARRO, Antonio. Ob. cit., p. 99.
(18) Ídem.

> "Dentro de los plazos máximos establecidos en las distintas modalidades contractuales señaladas en los artículos precedentes, podrán celebrarse contratos por periodos menores pero que sumados no excedan dichos límites.
>
> **En los casos que corresponda**, **podrá celebrarse** en forma sucesiva con el mismo trabajador, **diversos contratos bajo distintas modalidades** en el centro de trabajo, en función de las necesidades empresariales y **siempre que en conjunto no superen la duración máxima de cinco (5) años**" [el resaltado es nuestro]

Este artículo tiene la finalidad de evitar la fijación de cláusulas abusivas en la contratación temporal estableciendo plazos máximos de duración. Sin embargo, nuestra jurisprudencia no ha tenido una postura unitaria sobre la interpretación de la citada norma, dentro del propio Poder Judicial existieron posturas contradictorias hasta tomar una postura unánime que es distinta a aquella adoptada en la actualidad por el Tribunal Constitucional.

A continuación mencionaré algunas jurisprudencias sobre este tema, veamos:

La Primera Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema en la Cas. Nº 1066-2001-LIMA[19] (considerando octavo) del 21 de octubre de 2002, señalo lo siguiente:

> "Los Contratos de Trabajo sujetos a modalidad se inscriben en la categoría de contrato de trabajo a plazo determinado, vale decir aquellos cuya duración se establece en el momento de celebrarse el contrato, no regirán indefinidamente sino que prevén expresamente que solo durarán por cierto tiempo: por un plazo cierto, por la naturaleza del trabajo a realizar o por estar sometido a una condición, en ese sentido **el propio legislador, atendiendo a la naturaleza especial del contrato de trabajo, ha fijado un límite temporal máximo de cinco años de duración de los contratos de trabajo modales**, sancionando su inobservancia con la declaración de la existencia de un contrato de trabajo de duración indefinida conforme así lo prevé el artículo setentisiete de la norma acotada" [el resaltado es nuestro].

(19) PODER JUDICIAL: Jurisprudencia sistematizada - Corte Suprema de Justicia de la República, disponible en Internet en <http://jurisconsulta.pj.gob.pe/jurisWeb/ faces/searchResult _2.jsp>, acceso efectuado el 07/08/2012.

El mismo Colegiado recoge esta postura en la Cas. Nº 1206-2001-Lima[20] del 21 de octubre de 2002 e incluso acepta su aplicación para los contratos a plazo fijo por obra o servicio específico.

La Primera Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema en la Cas. Nº 1809-2004-Lima[21] (Considerando sexto) del 30 de enero de 2006 estableció una postura diferente:

> "Que, en cuanto a la inaplicación del inciso c) del artículo dieciséis del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por Decreto Supremo cero cero tres-noventa y siete-TR; señala que son causas de extinción del contrato de trabajo: 'La terminación de la obra o servicio, el cumplimiento de la condición resolutoria y el vencimiento del plazo de los contratos legalmente celebrados bajo modalidad'. Que habiéndose determinado en los considerandos precedentes que los contratos suscritos entre las partes, se convirtieron en indeterminados, a pesar de haber excedido el plazo previsto en el artículo setentisiete del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por Decreto Supremo cero cero tres-noventa y siete-TR; por tratarse de una prestación de servicios sujeta a obra específica la cual la impugnante denuncia su inaplicación, debe ser aplicada al presente caso; que en ese sentido, haciendo uso de la facultad conferida por el inciso ocho del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, los jueces no pueden dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la Ley; por lo que **este Colegiado a partir de la presente resolución establece que para los casos, como el de autos, tratándose de derechos derivados de un contrato laboral sujeto a modalidad, en los que la obra o servicios prestados por el trabajador sea específico, dicho contrato se convertirá en uno indeterminado si los periodos laborados por el trabajador exceden los <u>ocho años</u> de labor (…)**". [el resaltado es nuestro].

Se observa que para el Colegiado el plazo máximo en un contrato modal para obra o servicio específico es de 8 años. Sin embargo, esta decisión no se

(20) Ídem.

(21) Casación publicada en *El Peruano* el 2 de noviembre de 2006.

encuentra debidamente fundamentada pues se omite señalar cuál es la razón para establecer dicho plazo.

La Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia en la Cas. Nº 1004-2004-Tacna-Moquegua[22] (Considerandos octavo y noveno) del 04 de julio de 2006 estableció la misma postura:

> "(…) Que, examinados estos hechos a la luz del principio de razonabilidad demuestran sin lugar a dudas que **los servicios del actor correspondían a las actividades ordinarias del Proyecto Especial**, además adolecían del carácter de temporalidad pues no es razonable asumir que la prestación de servicios que perdure once años tenga tal carácter; (…) Que, esta conclusión resulta compatible con la propia vocación de existencia de la entidad emplazada que si bien no tiene plazo indeterminado, por la naturaleza de sus objetivos como Proyecto Especial Estatal si se encuentra sometido a un plazo resolutorio que no se encuentra expresado ciertamente en una medida de tiempo preestablecida sino en el logro de sus metas que por su envergadura son de largo plazo; **por lo que esta sala suprema invocando no solo el principio de razonabilidad sino a su vez el de proporcionalidad asume en criterio jurisprudencial que los servicios prestados bajo un contrato de obra o servicio específico por un lapso igual o superior a ocho años para un Proyecto Especial del Estado acarrean sin duda alguna la desnaturalización del contrato de trabajo lo cual** encuentra sólido respaldo en el Principio de Primacía de la Realidad que se constituye en un elemento implícito en nuestro ordenamiento y que es concretamente impuesto por la propia naturaleza tuitiva de la Constitución Política del Estado de mil novecientos noventitrés, que ha visto al trabajo como un deber y un derecho base del bienestar social y medio de la realización de la persona (artículo veintidós); y además como un objetivo de atención prioritaria del Estado (artículo veintitrés), que delimita que el juez en caso de discordia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o de acuerdos, debe darle preferencia a lo primero, es decir a lo que ocurre en el terreno de los hechos o de la realidad, pues el Contrato de Trabajo constituye un contrato realidad, esto se tipifica por la forma y condiciones bajo las cuales se ha prestado el

(22) Casación publicada en *El Peruano* el 5 de enero de 2007.

> servicio con prescindencia de la denominación que se le pudiese otorgar a dicha relación; (…) [el resaltado es nuestro].

A diferencia de la Cas. Nº 1809-2004-Lima, en la Cas. Nº 1004-2004-Tacna-Moquegua sí se explicaron las razones para establecer el plazo máximo de 8 años para un contrato de obra o servicio específico donde la empleadora es un Proyecto Especial del Estado a cargo del Inade.

No obstante, en la Cas. Nº 1004-2004-Tacna-Moquegua se hace referencia al principio de proporcionalidad pero omite citar al Decreto Legislativo Nº 599 que aprobó la Ley de Organización y Funciones del Inade y su Reglamento.

La Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema en la Cas. Nº 1817-2004-Puno[23] (Considerandos sexto, sétimo y octavo) del 11 de julio de 2006, señaló que:

> "(….) Que, **si bien esta forma de contratación laboral en virtud de su especial regulación a diferencia de lo que si ocurre generalmente con los demás contratos de trabajo modales no se encuentra sometida expresamente a un plazo máximo para su duración, ello en modo alguno puede distorsionar su especial naturaleza accidental y temporal al punto de aperturar por este vacío un supuesto de ejercicio abusivo del derecho** que por tal razón su límite temporal debe ser definido en cada caso concreto a la luz del principio de razonabilidad que en término de AméricoPlá Rodríguez consiste en la afirmación esencial de que el ser humano, en sus relaciones laborales, procede y debe proceder conforma a la razón. Se trata, como se ve de una especie de límite o freno formal y elástico al mismo tiempo, aplicable en aquellas áreas del comportamiento donde la norma no puede prescribir límites muy rígidos ni en un sentido ni en otro, y sobre todo, donde la norma no puede prever la infinidad de circunstancias posibles. (….) Que, en el caso de autos, **las instancias de mérito han establecido que el actor prestó servicios personales y subordinados a la demandada bajo contratos modales de trabajo para servicio específico por un periodo de siete años, nueve meses y diecisiete días de servicios, en las funciones de Director de Obras** [del Proyecto Especial Binacional Lago Titicaca - PELT] (…) Que, **la vocación de la entidad emplazada no se encuentra sometida a un plazo indeterminado, pues la**

(23) Casación publicada en *El Peruano* el 31 de mayo de 2007.

> **naturaleza de sus objetivos como proyecto especial está sujeta a un plazo resolutorio que no expresa ciertamente en una medida de tiempo pre establecido sino en el logro de sus metas que por su envergadura son de largo plazo, por lo que esta Sala Suprema invocando un criterio de razonabilidad y en cautela del derecho fundamental del trabajo establece que no se han cumplido estos requisitos mínimos para desnaturalizar el contrato de trabajo** (…)" [el resaltado es nuestro].

En esta casación el Colegiado acepta que los contratos a plazo fijo de obra o servicio específico no tienen un plazo máximo de duración. No obstante, se indica –sin señalar el plazo máximo– que se debe fijar un límite de tiempo. En dicho caso, el Director de Obras del PELT prestó servicios por 7 años, 9 nueves meses y 17 días (es decir no superó los 8 años fijados en anteriores Casaciones Nº 1809-2004-Lima y Nº 1004-2004-Tacna-Moquegua) y por ello el Colegiado consideró que el contrato de servicio específico no se desnaturalizó y por ende no hubo despido arbitrario.

La Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema en la Cas. Nº 2012-2005-Piura[24] (Considerandos sétimo y octavo) del 28 de marzo de 2007, señaló que:

> "(…) Que si bien esta forma de contratación laboral en virtud de su especial regulación a diferencia de lo que si ocurre generalmente con los demás contratos de trabajo modales, **no se encuentra sometida expresamente a un plazo máximo para su duración**, a ello en modo alguno puede distorsionar su especial naturaleza accidental y temporal al punto de aperturar por este vacío un supuesto de ejercicio abusivo del derecho que por tal razón su límite temporal debe ser definido en cada caso concreto a la luz del principio de razonabilidad que en término de Américo Plá Rodríguez consiste en la afirmación esencial de que el ser humano, en sus relaciones laborales, procede y debe proceder conforme a la razón. Se trata como se ve de una especie de límite o freno formal elástico al mismo tiempo aplicable en áreas de comportamiento donde la norma no puede prescribir límites muy rígidos ni en un sentido ni en el otro, y sobre todo donde la norma no puede prever la infinidad de circunstancias posibles. (…) Que, así aun cuando la vocación de existencia

(24) Casación publicada en *El Peruano* el 31 de mayo de 2007.

> de la entidad emplazada no se encuentra sometida a un plazo indeterminado sin embargo, por la naturaleza de sus objetivos como Proyecto Especial Estatal si se encuentra a un plazo resolutorio que no se encuentra expresado ciertamente en una medida de tiempo pre establecida si no en el logro de sus metas, que por su envergadura son de largo plazo, por lo que esta Sala Suprema a la luz del principio de la razonabilidad y en cautela del derecho fundamental del trabajo **asume en criterio jurisprudencial que los servicios prestados bajo un contrato de obra o servicio especifico celebrado al amparo de la Sétima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo número quinientos noventa y nueve y articulo treinta y dos del Reglamento de Organización y Funciones de Inade por un lapso igual al superior a ocho años para un proyecto especial del Estado, acarrean sin duda alguna la desnaturalización del contrato de trabajo**, lo cual encuentra sólido respaldo además en el principio de la primacía de la realidad o de veracidad que se constituye en un elemento implícito en nuestro ordenamiento y que es correctamente impuesto por la propia naturaleza tuitiva de la Constitución Política del Estado de mil novecientos noventa y tres, que ha visto al trabajo como un deber y un derecho base del bienestar social y medio de realización de la persona (artículo veintidós) y además como un objetivo de atención prioritaria del Estado (artículo veintitrés) (…)" [el resaltado es nuestro].

Asimismo, resulta interesante en la citada sentencia casatoria los fundamentos adicionales(Considerandos primero y segundo) del magistrado supremo Roberto Luis Acevedo Mena:

> "(…) Que. si bien es cierto en el presente judicial se ha verificado la desnaturalización del Contrato de trabajo de acuerdo con el detalle argumentativo expresado en los considerandos del voto principal, **no es pertinente establecer una regla general de ocho años como plazo máximo para considerar que no se ha desnaturalizado un contrato de obra o servicio específico** celebrado al amparo de la Séptima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo número quinientos noventa y nueve y articulo treinta y dos del Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Desarrollo (Inade). (…) Que, al respecto resulta pertinente enfatizar el argumento expuesto en el séptimo considerando del voto principal según el cual en los contratos celebrados por los Proyectos

> Especiales, como es el caso del Proyecto Chira - Piura, **el límite temporal debe ser definido en cada caso concreto, es decir de cada trabajador, a la luz del principio de razonabilidad"** [el resaltado es nuestro].

En la sentencia casatoria citada se reconoce que los contratos de obra determinada o servicio específico no tienen un plazo máximo de duración; no obstante, la Corte Suprema optó por imponer de manera arbitraria el plazo máximo de 8 años de duración, que a criterio del vocal supremo Acevedo Mena no constituye una regla general ya que dicho plazo se debe analizar en cada caso concreto. Al respecto, consideramos que la posición del nombrado magistrado es más razonable respecto a los fundamentos de los otros miembros de la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social.

El Tribunal Constitucional por Sentencia del 7 de noviembre de 2007 recaída en el Exp. Nº 10777-2006-PA/TC[25] (ff. jj. 12 y 17) indicó que:

> "(…) dicha ley [se refiere a la L.P.C.L.], en su artículo 74, segundo párrafo, establece que "en los casos que corresponda, podrá celebrarse en forma sucesiva, con el mismo trabajador, diversos contratos bajo distintas modalidades en el centro de trabajo, **en función de las necesidades empresariales** y siempre que en conjunto no superen la duración máxima de cinco años" (subrayado agregado). **Así, dicho plazo máximo de cinco años no ha sido establecido para contrataciones sucesivas bajo la misma modalidad, sino para el empleo de las distintas modalidades en general**, y sobre todo siempre que se justifique por las necesidades de la empresa, y siempre que aquellas circunstancias realmente coincidan con la modalidad contractual utilizada (…).
>
> En esa línea, el artículo 63 del D.S. Nº 003-97-TR regula los contratos modales para obra determinada o servicio específico y establece que **se podrán realizar las renovaciones necesarias para la conclusión o terminación de la obra o servicio objeto de la contratación, siendo su duración la que resulte necesaria**. Lo relevante del análisis en el caso de autos es reconocer si el objeto de la contratación bajo esta modalidad era de carácter temporal (obra determinada o servicio específico), o se trataba más bien de una prestación cuya

(25) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Jurisprudencia, disponible en Internet en <http:// www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php>, acceso efectuado el 11/08/2012.

> naturaleza era permanente en el tiempo y que finalmente fue encubierta bajo la modalidad de contratación antes mencionada (…)" [el resaltado es nuestro].

Es decir, que el Tribunal Constitucional consideró que el contrato por obra o servicio específico no tiene un plazo máximo de duración, a diferencia de la Corte Suprema de Justicia de la República que fijó como plazo máximo 8 años para la duración de ese tipo de contratos.

El Tribunal Constitucional por Sentencia del 7 de marzo de 2009 recaída en el Exp. Nº 000172-2008-PA/TC[26] (f. j. 2) expresó lo siguiente:

> "(…) Al respecto, debe señalarse que de fojas 7 a 17 de autos obra la documentación en virtud de la cual el demandante acreditaría que laboró en la empresa desde julio de 2002 hasta abril de 2007 [4 años, 10 meses]. Se advierte, así, que **los sucesivos contratos sujetos a modalidad no superaron el plazo al que se refiere el artículo 63 del Decreto Supremo N° 003-97-TR** (…)" [el resaltado es nuestro].

Este pronunciamiento del Tribunal Constitucional es curioso porque el artículo 63 de la LPCL no establece un plazo máximo, por el contrario señala que los contratos por obra o servicio específico tendrán la duración que resulte necesaria e incluso que podrán efectuarse las renovaciones que resulten necesarias para la conclusión o terminación de la obra o servicio objeto de la contratación.

El Tribunal Constitucional por sentencia del 13 de mayo de 2009 recaída en el Exp. Nº 002-2008-PA/TC[27] (f. j. 5) señaló lo siguiente:

> "(…) los contratos de trabajo sujetos a modalidad [para servicios específicos] celebrados por el demandante, en su conjunto **no superan el límite máximo permitido de cinco años establecido por el artículo 74 del Decreto Supremo Nº 003-97-TR**; por lo que, al haberse cumplido el plazo de duración de su último contrato de trabajo, la extinción de la relación laboral entre las partes se produjo en forma automática, conforme lo señala el artículo 16, inciso c), del Decreto Supremo Nº 003-97-TR" [el resaltado es nuestro].

(26) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Jurisprudencia, disponible en Internet en <http:// www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php>, acceso efectuado el 12/08/2012.

(27) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Jurisprudencia, disponible en Internet en <http:// www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php>, acceso efectuado el 12/08/2012.

El Tribunal Constitucional, a diferencia de la Corte Suprema de Justicia de la República, ha optado por el plazo máximo de 5 años. Esta postura del Colegiado Constitucional ha sido reiterada en la Sentencia del 4 de mayo de 2009 recaída en el Exp. Nº 04328-2007-PA/TC[28] (ff. jj. 2 y 3) donde también estableció que el plazo máximo de 5 años se aplica a los contratos de obra o servicio específico celebrados.

Este criterio del Tribunal Constitucional fue más desarrollado en el fundamento del voto del magistrado Gerardo Eto Cruz en la sentencia del 19 de octubre de 2011 recaída en el Exp. Nº 01477-2010-PA/TC[29] (ff. jj. 11 y 12):

> "11. En dicho contexto, el segundo párrafo del artículo 74 del Decreto Supremo Nº 003-97-TR nos provee una pauta para definir el término máximo que aquí se hace referencia. Así, dicho precepto regula que en los casos que corresponda, podrá celebrarse en forma sucesiva con el mismo trabajador, diversos contratos bajo distintas modalidades, en función de las necesidades empresariales y siempre que en conjunto no superen el plazo máximo de cinco (5) años. Este precepto legal, sin embargo, puede ser entendido (…) que **el plazo de cinco años opera para cualquier tipo de contrato sujeto a modalidad (salvo el caso de los contratos intermitentes y de temporada que por su naturaleza son permanentes pero discontinuos), ya sea por sí solo (para el caso de contrato por obra o servicio específico, debido a que los demás tienen plazos máximos menores a cinco años) o en sucesión con otros contratos. En este supuesto, el contrato de obra o servicio específico estaría sujeto al plazo máximo de cinco (5) años, considerado individualmente o sumado a otros contratos previos o posteriores**. (…) **Ello debido a que si para la sucesión de diversos contratos modales, la ley establece un plazo máximo de 5 años, no parece lógico que un solo contrato modal (como el contrato de obra o servicio específico) pueda tener una duración mayor a dicho plazo máximo** (…)"[30] [el resaltado es nuestro].

(28) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Jurisprudencia, disponible en Internet en <http:// www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php>, acceso efectuado el 12/08/2012.

(29) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Jurisprudencia, disponible en Internet en <http:// www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php>, acceso efectuado el 12/08/2012

(30) El magistrado Eto Cruz agrega en el fundamento 13 que: "Dicha contratación a tiempo indeterminado, cuando se sobrepasa el plazo de 5 años, no supone, sin embargo, como erróneamente pudiera creerse, una relación vinculada entre el trabajador y la empresa y que, por tanto, aquel pasa a formar parte de esta

Como se observa el Tribunal Constitucional en procesos seguidos por trabajadores de Proyectos Especiales Estatales tienen como criterio establecer en 05 años el plazo de máximo de duración de los contratos de obra o servicio específico.

Según todo lo anteriormente expuesto, mientras la Corte Suprema de Justicia de la República considera que el plazo máximo de duración de los contratos a plazo fijo por obra o servicio específico es de ocho años, el Tribunal Constitucional ha señalado que dicho plazo es de cinco años.

Para la doctrina laboralista, el fondo de la discusión versa sobre el segundo párrafo del artículo 74 de la LPCL, al respecto los autores se plantean la siguiente interrogante: ¿El plazo máximo de cinco años puede ser aplicado para aquellos contratos que no tienen una duración máxima prevista por el legislador, en nuestro caso al contrato de obra o servicio específico? Para dar respuesta a estas interrogantes, existen dos interpretaciones sobre los alcances del segundo párrafo del artículo 74 de la LPCL[31].

---

de modo permanente y para cualquier tipo de trabajo; sino obviamente solo (y de modo indeterminado) para la obra o proyecto para el cual fue contratado. No debe entenderse pues, en modo alguno, que una relación a tiempo indeterminado, por esta condición o cualidad, suponga la permanencia en la empresa de modo ilimitado de un trabajador".

(31) Las dos interpretaciones del precepto legal, han sido recogidas por la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 19 de octubre de 2011 recaída en el Exp. Nº 01477-2010-PA/TC (f. j. 11 del voto del magistrado Eto Cruz):

"En nuestra legislación laboral no se ha señalado un plazo máximo de duración, expresado en números, para todos los contratos sujetos a modalidad. Este es el caso, por ejemplo, del contrato para obra determinada o servicio específico, en el que se dispone que la duración está relacionada a la obra o servicio. La ausencia de dicho plazo máximo de duración ha dado lugar a que muchas veces se distorsione su especial naturaleza accidental y temporal, generándose un ejercicio abusivo del derecho al contratar por parte del empleador. Por esta razón, se hace necesario precisar un término máximo de duración de este tipo de contratos, de cara a generar predictibilidad jurídica al momento de establecer una relación laboral de esta naturaleza.

En dicho contexto, el segundo párrafo del artículo 74 del Decreto Supremo Nº 003-97-TR nos provee una pauta para definir el término máximo que aquí se hace referencia. Así, dicho precepto regula que en los casos que corresponda, podrá celebrarse en forma sucesiva con el mismo trabajador, diversos contratos bajo distintas modalidades, en función de las necesidades empresariales y siempre que en conjunto no superen el plazo máximo de cinco (5) años. Este precepto legal, sin embargo, puede ser entendido de dos maneras:

a) La primera señala que el plazo de cinco años opera para cualquier tipo de contrato sujeto a modalidad (salvo el caso de los contratos intermitentes y de temporada que por su naturaleza son permanentes pero discontinuos), ya sea por sí solo (para el caso de contrato por obra o servicio específico, debido a que los demás tienen plazos máximos menores a cinco años) o en sucesión con otros contratos. En este supuesto, el contrato de obra o servicio específico estaría sujeto al plazo máximo de cinco (5) años, considerado individualmente o sumado a otros contratos previos o posteriores.

b) La segunda interpretación indica que en el supuesto del contrato de obra o servicio específico, este puede durar lo que dure la obra o el servicio sin estar limitado por el plazo de cinco años, ya que la norma (art. 74) establece que dicho plazo es de aplicación "en los casos que corresponda" y el contrato de obra determinada o servicio específico no sería uno de esos casos. Dicha interpretación vendría reforzada, porque en el artículo 77, que regula los supuestos de desnaturalización de los contratos sujetos a modalidad, se diferencia el caso de la desnaturalización de un contrato de obra o servicio específico

La primera interpretación sostiene que el plazo máximo de cinco años se aplica a todos los contratos sujetos a modalidad (salvo los de vocación de permanencia: contratos intermitentes y de temporada), se traten estos de la utilización de una sola modalidad o de un encadenamiento de modalidades[32]. Esta posición sostiene que los contratos de trabajos de obra o servicio específico pueden desnaturalizarse al vencimiento del límite máximo de duración del contrato (cinco años) o después de concluida la obra o servicio específico objeto del contrato. Esta posición es defendida por Sanguineti Raymond, quien sostiene: "Para el encadenamiento de modalidades distintas –y también de aquellas para las que no se haya fijado un plazo máximo– es de aplicación la dispuesto inmediatamente después por el propio artículo 74"[33].

La otra interpretación y posición doctrinal sostiene que el segundo párrafo del artículo 74 al hacer referencia "a los casos que corresponda" no es de aplicación a los contratos para obra o servicio específico, es decir, no se aplicará el plazo máximo de los cinco años respecto a estos contratos cuya duración máxima es incierta ya que mantienen su vigencia hasta la terminación de la obra o servicio contratado.

Asimismo, la norma citada regula el encadenamiento de contratos temporales al señalar textualmente "siempre que en conjunto no superen la duración máxima de cinco años" y no cuando se trata de una sola modalidad.

Esta posición es apoyada por Toyama Miyagusuku[34], quien señala que el plazo previsto en el artículo 74 de la LPCL no puede ser aplicado para aquellos contratos que no tienen una duración máxima prevista por el legislador, solamente debería aplicarse para los contratos que tienen un plazo específico de duración.

(continuar laborando después de terminada la obra o el servicio) de los otros supuestos en los que se hace mención a los plazos máximos establecidos.

(32) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Ob. cit., p. 79. El autor llama a esta sucesión de contratos, "contratación temporal en cadena", y sostiene que la L.P.C.L. "(…) no opta por prohibirla, toda vez que pueden existir hipótesis en las que esta responda a un interés digno de protección, sino por imponer límites temporales a las recontrataciones sucesivas. La extensión de estos límites depende de la naturaleza de los contratos que se sucedan. Si se trata de la misma modalidad, rige la regla citada en el párrafo anterior, que prohíbe la celebración de contratos semejantes por un plazo total que exceda al máximo previsto para el correspondiente tipo contractual. En cambio, para el "encadenamiento" de modalidades distintas es de aplicación lo dispuesto inmediatamente después por el propio artículo 74, que permite celebrar en forma sucesiva con el mismo trabajador diversos contratos bajo distintas modalidades previstas legalmente, siempre que en conjunto no superen la duración máxima de cinco años".

(33) Ibídem, p. 89.

(34) CORTEZ CARCELÉN, Juan Carlos: "Plazo máximo del contrato para obra determinada o servicio específico", En: *Actualidad Jurídica*. Nº 151, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 250.

Consideramos que la postura más adecuada está dada por la segunda tesis expuesta. Ello debido a que en el contrato para obra o servicio específico su duración está relacionada con la vigencia de la causa de contratación temporal, se trata de un contrato cuya ejecución es limitada en el tiempo, precisamente en razón a que la necesidad que mediante aquel se pretenda atender quede satisfecha con la terminación de la obra o servicio específico.

IV. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL AL CONTRATO DE OBRA DETERMINADA O SERVICIO ESPECÍFICO

1. Principio de primacía de la realidad

El principio de primacía de la realidad consiste que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos(35).

Según Toyama Miyagusuku:

> "(…) El principio de primacía de la realidad busca, centralmente, la preminencia de los hechos en la laboralización de las relaciones laborales pero nada obsta para que se aplique a cualquier supuesto de desencuentro entre la forma y los hechos. En ese sentido, es posible que se aplique dicho principio para determinar si un contrato de trabajo a plazo fijo es, en los hechos, un contrato a plazo indeterminado por no existir una causa justificada de temporalidad. Inclusive, el Tribunal Constitucional exige la existencia de una causa temporal en el empleo de esta modalidad temporal de contratos para efectos de analizar la validez del término de los contratos laborales"(36).

En aplicación del principio de primacía de la realidad, se podrá determinar si la prestación de servicios realizada por el trabajador mediante contrato de obra determinada o servicio específico, puede ser considerada como un contrato de trabajo de duración indeterminada, porque de ser así el trabajador solo podría ser despedido por causa justa prevista en la Ley.

(35) Cfr. STC del 28/01/2003 del Exp. Nº 1944-2002-AA/TC (f. j. 3).

(36) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Ob. cit., p. 75.

Es por ello que a fin de determinar la naturaleza de los servicios prestados por el trabajador es preciso aplicar el principio de primacía de la realidad, el mismo que como ha señalado el Tribunal Constitucional, es un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en la sentencia del 9 de junio de 2009 recaída en el Exp. Nº 01431-2008-PA/TC[37] (ff. jj. 4 a 10) expresó lo siguiente:

> "(…) La cuestión controvertida consiste en esclarecer si los contratos de trabajo que suscribió la demandante habrían sido desnaturalizados, convirtiéndose en contratos de trabajo a plazo indeterminado. Ello es necesario a efectos de aplicar el principio de primacía de la realidad, pues de verificarse que no hubo una causa objetiva que justifique la contratación bajo la modalidad de servicio específico –última modalidad contractual celebrada entre las partes–, dichos contratos deberán ser considerados como contratos de trabajo de duración indeterminada, en cuyo caso la demandante solo podía ser despedida por causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral (…)".

Es por ello que a fin de determinar la naturaleza de los servicios prestados por el trabajador es preciso aplicar el principio de primacía de la realidad, el mismo que como ha señalado el Tribunal Constitucional, es un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución.

2. Principio *in dubio pro operario* y principio *pro operario*

Estos principios se encuentran relacionados pero no tienen el mismo significado. Al respecto, el principio *in dubio pro operario* se encuentra recogido en el artículo 26, inciso 3, de la Constitución Política:

> "En la relación laboral se respetan los siguientes principios: (…) Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma".

El mencionado principio también es recogido en el artículo III del Título Preliminar de la Ley Nº 26636 - Ley Procesal de Trabajo:

(37) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Jurisprudencia, disponible en Internet en <http:// www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php>, acceso efectuado el 01/09/2012

> "El juez, **en caso de duda insalvable sobre los diversos sentidos de una norma** o cuando existan varias normas aplicables a un caso concreto, deberá interpretar o aplicar la norma que favorezca al trabajador" [el resaltado es nuestro]

Conforme a lo expuesto, solo se puede recurrir a este principio en caso de duda en la interpretación de una norma. No es posible utilizar el principio para corregir ni para integrar una norma. De este modo, la regla debe ser aplicada en casos de auténtica duda para valorar el verdadero alcance de la norma, escogiendo el sentido que más le favorezca al trabajador. No significa ello que pueda ser utilizado para suplir omisiones ni mucho menos para suplir la voluntad del legislador; o el sentido claro y preciso de la norma; o cuando no exista duda.

Por otro lado, el artículo III del Título Preliminar de la Ley Nº 26636 - Ley Procesal de Trabajo también recoge el Principio pro operario:

> "El juez, (…) cuando existan varias normas aplicables a un caso concreto, deberá interpretar o aplicar la norma que favorezca al trabajador".

El principio operario se aplica no cuando existe duda sobre la interpretación de una norma, sino que existiendo varias normas aplicables a un caso concreto, el Juez debe utilizar y aplicar al caso aquella norma que más favorezca al trabajador.

Cabe indicar que no tenemos dudas sobre la interpretación del artículo 74 de la LPCL Los contratos por obra o servicio específico no se encuentran limitados temporalmente y podrán celebrarse cuantas veces sea necesario hasta la conclusión o terminación de la obra o servicio objeto de la contratación. Sin embargo, existe opiniones distintas y tanto un sector de la doctrina como una parte de la jurisprudencia anteriormente citadas consideran que una interpretación favorable para el trabajador es considerar que la citada norma se aplica a todos los contratos a plazo fijo, incluidos aquellos para obra o servicio específico.

Esta es la postura de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional, sin embargo estos órganos jurisdiccionales omitieron aplicar este principio y de plano establecieron 5 años y 8 años, respectivamente, como plazo máximo de la citada modalidad de contratación.

3. Principio de causalidad

Este principio ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia del 19 de diciembre de 2003 recaída en el Exp. Nº 01874-2002-AA/TC[38] (f. j. 3) expresó que:

> "El régimen laboral peruano se rige, entre otros, por el principio de causalidad,en virtud del cual la duración del vínculo laboral debe ser garantizado mientras subsista la fuente que le dio origen (…)".

Los contratos de trabajo que se celebren a plazo fijo necesariamente deben contener la causa objetiva que justifica la contratación. La remisión a la causa objetiva, por la excepcionalidad de esta contratación, no significa que baste con una indicación genérica de la causa sino que deberá detallarse y explicarse por qué la causa señalada motiva una contratación temporal y así evitar que el empleador use esta forma de contratación para burlar la estabilidad laboral del trabajador al ampararse en un dispositivo que no corresponde –fraude de ley–.

Asimismo, según Arce Ortiz[39] "(…) el derecho al trabajo se convierte en base del Principio de Causalidad tanto al momento de iniciar de la relación laboral (contratación) como al de su extinción (despido). Principio de causalidad que opera como límite a la eventual arbitrariedad del empresario (…)".

En suma, el principio de causalidad garantiza la estabilidad laboral del trabajador, porque si el empleador decide poner fin un contrato de trabajo a plazo fijo bajo el argumento que ya culminó su plazo de duración, y dicho contrato carecía de objeto de contratación o el mismo era muy genérico u oscuro, el trabajador tiene derecho a ser repuesto –vía proceso de amparo– o a exigir el pago de una indemnización –vía proceso ordinario laboral–.

V. CONCLUSIONES

Consideramos que la interpretación correcta del artículo 63 de la LPCL es que los contratos por obra o servicio específico tendrán la duración que resulte necesaria. Por consiguiente, la citada ley o su Reglamento no establecen un plazo máximo de duración para este tipo de contratación laboral.

---

(38) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Jurisprudencia, disponible en Internet en <http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php>, acceso efectuado el 02/09/2012.

(39) ARCE ORTIZ, Elmer. "Estabilidad laboral y contratos temporales". En: *Cuaderno de Trabajo*. Nº 01, Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2006, pp. 10-11.

No tenemos dudas sobre la interpretación del artículo 74 de la LPCL Los contratos por obra o servicio específico no se encuentran limitados temporalmente y podrán celebrarse cuantas veces sea necesario hasta la conclusión o terminación de la obra o servicio objeto de la contratación.

Sin embargo, existe opiniones distintas y tanto un sector de la doctrina como una parte de la jurisprudencia anteriormente citadas consideran que una interpretación favorable para el trabajador es considerar que la citada norma se aplica a todos los contratos a plazo fijo, incluidos aquellos para obra o servicio específico.

Esta es la postura de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional, sin embargo estos órganos jurisdiccionales omitieron aplicar importantes principios del Derecho Laboral y de plano establecieron cinco años y ocho años, respectivamente, como plazo máximo de la citada modalidad de contratación.

Una interpretación correcta de la LPCL es que los contratos por obra o servicio específico no se utilizan para contratar a trabajadores que desarrollarán labores permanentes en una empresa o institución; y, por ende este tipo de contratación ni siquiera se puede utilizar para contratar a trabajadores permanentes de Proyectos Especiales Estatales. En realidad se debe atender especialmente al objeto de dicho contrato y no fijar un límite temporal como lo ha hecho nuestra Corte Suprema y Tribunal Constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

ARCE ORTIZ, Elmer. "Estabilidad laboral y contratos temporales". En: *Cuaderno de Trabajo*. Nº 1, Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2006.

ARCE ORTIZ, Elmer. *La contratación temporal en el Perú*. Grijley, Lima, 2008.

AVALOS JARA, Oxal Víctor. *Contratos de trabajo temporal*. Grijley, Lima. 2008.

CORTEZ CARCELEN, Juan Carlos: "Plazo máximo del contrato para obra determinada o servicio específico". En: *Actualidad Jurídica*. Nº 151, Gaceta Jurídica, Lima, 2006.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Los contraltos de duración determinada*. 2ª ed., Gaceta Jurídica, 2008.

SEMPERE NAVARRO, Antonio. *Los contratos de trabajo temporales*. Editorial Aranzadi, Navarra, 2004.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Instituciones del Derecho Laboral*. 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

VICENTE PALACIO, María A. *El contrato de trabajo temporal para obra o servicio determinado*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

CARTAS A LOS ASOCIADOS

CARTA DEL PRESIDENTE DE LA SPDTSS A LOS ASOCIADOS - ABRIL 2013

Estimado asociado:

Hemos asumido con mucho entusiasmo el reto de conducir una vez más el rumbo de nuestra Institución en un momento muy significativo de definiciones, plenamente conscientes de la responsabilidad que significa representar a todos ustedes, miembros de una organización de composición plural y democrática.

Nuestra aspiración y mayor desafío es integrar a todos los asociados en este proceso. Esto exige contar con tu participación activa y comprometida en las diferentes actividades, empezando por la celebración del 25º aniversario de la fundación de la Sociedad que se cumple el próximo 14 de julio y que días después festejaremos en un *cocktail* con ustedes, amigos y representantes de nuestro medio laboral y empresarial. En dicha ocasión, rendiremos homenaje al espíritu de nuestros socios fundadores, en particular a Luis Aparicio Valdez, pues gracias a su visión y tenacidad nuestra Sociedad sentó sólidas bases, que son las que le han permitido perdurar hasta el día de hoy, como Institución referente del laboralismo nacional. Proyectamos, además, la publicación de un libro especial de homenaje a la Sociedad, para lo cual serán invitados a colaborar oportunamente.

Sabemos que hay muchas expectativas en torno a nuestra gestión, y ten por seguro que con tu apoyo, durante nuestro mandato 2013-2015, alcanzaremos como logro principal el haber afianzado a la Sociedad como una institución inclusiva, en la cual todos nuestros asociados se sientan cabalmente representados.

Nos hemos trazado llevar adelante un conjunto de tareas en adición a las que habitualmente han asumido las Juntas Directivas anteriores, como nuestros Desayunos Laborales, con especial énfasis en eventos académicos, sin dejar de lado la publicación de la Revista *Laborem*. Desplegaremos nuestros mejores esfuerzos para que los temas de seguridad social tengan también un espacio de atención. Singular cuidado le daremos al rediseño de la página web de la SPDTSS para que se convierta en un sitio no solamente de información institucional sino también de comunicación y consultas entre sus miembros y con terceros interesados, así como medio de divulgación de la legislación y jurisprudencia en materia laboral tanto como previsional.

Sin embargo, dos son los eventos en los que particularmente necesitamos contar contigo: el primero, que nos complace anunciar, es que tenemos planeado organizar el II Congreso Internacional de Derecho Procesal del Trabajo, a concretarse a fines del mes de noviembre en Piura, al que serán invitados destacados especialistas extranjeros y nacionales, con la intención de analizar el funcionamiento de la Nueva Ley Procesal del Trabajo en nuestro país, y de intercambiar experiencias similares en la región. La meta es grande, pues implica en corto tiempo efectuar la convocatoria a nivel nacional e internacional, así como preparar la organización, de tal manera que sirva de marco apropiado para cerrar el año de conmemoración de las Bodas de Plata de nuestra Sociedad. Apuntamos a que el libro homenaje antes referido, se presente en este certamen.

El segundo evento, que ya es toda una tradición que nació con mi anterior Presidencia, en el 2003, es el VI Congreso Nacional de la SPDTSS, que se llevará a cabo en noviembre de 2014, cuyo temario estamos evaluando a fin que mantenga el pluralismo y los altos niveles de convocación que han tenido nuestros Congresos a lo largo de estos años, y que reflejen el grado de compromiso de la Sociedad con los principales problemas que confronta el sistema de relaciones laborales en el Perú.

En materia de relaciones internacionales, tenemos en cartera la realización de dos Encuentros Internacionales: el Encuentro Peruano-Uruguayo y el Encuentro Peruano-Chileno de Relaciones Laborales, ambos en la ciudad de Lima, pues nos corresponde ser los anfitriones en esta oportunidad.

Por el lado de la difusión y proyección institucional, lanzaremos en el corto plazo las Ediciones 12 y 13 de nuestra revista institucional *Laborem*, para lo cual contamos con los artículos que fueron oportunamente remitidos al Comité Editorial de la Junta Directiva que nos precedió, a los cuales

agregaríamos los aportes que nos puedan ser remitidos, según las pautas que disponga la Comisión de Eventos y Publicaciones que hemos conformado.

Quisiéramos, y con ello confío interpretar el sentir de todos y cada uno de los miembros de esta Junta Directiva, que me siento honrado de presidir, que el espíritu que nos anima es ser convocantes, por lo que desde ya te invito a participar en la gestión, tareas, y publicaciones, tanto a nivel organizativo como de desarrollo de nuestras actividades. Tu aporte es fundamental. Toma contacto con nosotros, quedando a tu disposición, igualmente, para cualquier iniciativa que quieras que impulsemos.

Esperamos tu respuesta, que será la mejor manera de dar inicio a nuestra gestión institucional, tendiendo puentes con nuestros asociados y amigos, así como con instituciones afines, que coadyuven al logro pleno de nuestros objetivos.

Recibe un afectuoso saludo,

JAIME ZAVALA COSTA
Presidente de la SPDTSS

SEGUNDA CARTA DEL PRESIDENTE DE LA SPDTSS A LOS ASOCIADOS - ENERO 2014

Estimados asociados,

El 18 de abril de 2013 asumió funciones la nueva Junta Directiva de la SPDTSS y, ahora, comenzando el año, creemos necesario dirigirnos a cada uno de ustedes para reiterarles nuestro compromiso de seguir trabajando con el mismo entusiasmo y dedicación del año pasado. Les expusimos nuestras ideas y planes de trabajo al inicio de nuestra gestión (ver carta abajo). Creemos que hemos cumplido en estos primeros ocho meses pero no estamos satisfechos, todavía nos falta emprender y conseguir otros logros para fortalecer y desarrollar más los objetivos de la Sociedad.

Lo dijimos al empezar nuestro mandato e insistimos, nuestra aspiración y mayor desafío es integrar a todos los asociados en este proceso. Tenemos un déficit de participación. Tu aporte activo en la vida institucional es determinante. Puedes intervenir en la gestión, tareas, eventos, publicaciones y, en general, en todas las actividades que realicemos. Tus iniciativas y sugerencias serán bienvenidas. Nuevamente estás convocado, de ti depende.

No viene al caso detallar lo que hemos hecho, ya lo saben, pero si agradecer públicamente a todos los miembros de la Directiva y a los asociados que nos han apoyado por su tiempo y dedicación para cumplir con todo lo ofrecido. Más bien, lo que deseamos es compartir con ustedes lo que vamos a hacer este año. Aquí una síntesis de los temas de agenda para el 2014:

1. Continuar con desayunos laborales.

2. Realización de eventos de interés sobre temas de coyuntura, no necesariamente vinculados al ámbito laboral y de la seguridad social.

3. La puesta en marcha (como parte de la Revista) de nuestra serie "Debates" sobre talleres y eventos que se realicen, a cargo de Carlos Guillermo Morales.

4. La publicación de *Laborem Nº 14* cuyo contenido serán las ponencias del II Congreso Internacional Procesal de Piura, y *Laborem Nº 15* que estaría dedicado a las jornadas con Chile y Uruguay.

5. Las jornadas peruano, chilenas y uruguayas a fines de julio, a cargo de César Gonzales.

6. La convocatoria para nuevos asociados, que asumirá Martín Carrillo.

7. Financiamiento de la cátedra "Luis Aparicio Valdez" para promover la investigación en las universidades peruanas sobre temas del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

8. Continuar con la modernización de la página web de la Sociedad.

9. Desarrollar representaciones en las regiones para tener presencia descentralizada.

10. Realizar nuestro clásico Congreso Nacional en Arequipa a fines de octubre, cuyo Presidente del Comité Organizador será Germán Ramírez Gastón.

11. Promover asistencia a eventos internacionales.

12. Fortalecer y ampliar los convenios de cooperación con terceros.

13. Otros proyectos que los asociados nos presenten que sean aprobados por la Junta Directiva.

Termino como comenzamos, estás invitado a participar, ¡esperamos tu respuesta!

Un cordial saludo a todos y que tengan un exitoso año 2014.

JAIME ZAVALA COSTA
Presidente de la SPDTSS

TERCERA CARTA DEL PRESIDENTE DE LA SPDTSS A LOS ASOCIADOS - ABRIL 2015

Queridas amigas, queridos amigos:

Ayer fue el último día de gestión del Consejo Directivo que presidí, habiendo sido elegidO ya uno nuevo, cuyo Presidente es nuestro buen amigo Adolfo Ciudad Reynaud.

En este contexto, quería enviar este breve correo de saludo a la nueva Directiva y, asImismo, de despedida por el término de nuestro mandato.

Saludamos a cada miembro del nuevo Consejo Directivo, anticipándoles que cuentan con todo nuestro apoyo y experiencia en aras de una exitosa gestión en beneficio de nuestra Sociedad.

A la vez, quiero decirles que nos satisface profundamente la labor realizada, pues creemos que hemos cumplido con casi todos los temas que nos propusimos y que ofrecimos a todos los asociados al inicio de nuestro mandato. Al mismo tiempo, nos sentimos algo insatisfechos por haber dejado de lado algunas otras tareas que, inexorablemente, corresponde asumir a la Sociedad como la entidad referente en materia laboral y de seguridad social en el Perú.

Dejo expresa constancia de mi gratitud a todos y cada uno de los miembros de mi Consejo Directivo, quienes me acompañaron en estos dos años. Si algún éxito hemos tenido es, qué duda cabe, gracias al trabajo colectivo de todos ellos. Igualmente extiendo mi reconocimiento a los demás asociados que nos brindaron su respaldo y soporte en encargos específicos indispensables para llevar adelante los proyectos que asumimos los directivos de la Sociedad.

Finalmente, invoco a todos los asociados a involucrarse y A participar en las actividades de nuestra Sociedad. Este es un gran y permanente reto que compete a todos quienes formamos parte de esta familia del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Un afectuoso abrazo a todos,

JAIME ZAVALA COSTA
Ex Presidente de la SPDTSS